

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÔMICAS  
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

ANDRÉ LIVINALLI WEDY

**O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA**  
*The Judicial Activism from the Perspective of the Public Choice Theory*

Lisboa  
2017/2018

ANDRÉ LIVINALLI WEDY

**O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA**  
***The Judicial Activism from the Perspective of Public Choice Theory***

Dissertação apresentada como requisito à  
obtenção do título de Mestre em Direito pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Araújo.

Lisboa  
2017/2018

## RESUMO

O presente estudo dedica-se ao exame das funções políticas exercidas pelo Poder Judiciário no Estado democrático de direito contemporâneo, nomeadamente em razão do intrincado convívio que permeia a atuação ativa dos tribunais, estruturada com base no princípio constitucionalista, e a regra da maioria como suposto de legitimidade do processo de produção normativa do Estado. Para tanto, lança-se mão de uma apurada análise acerca do fenômeno da judicialização da política e da interpretação criativa do direito levada a efeito pelos tribunais, bem assim da crise de legitimidade que daí decorre em razão de uma suposta afronta ao princípio democrático. O dilema acerca dos limites da judicialização da política, do ativismo judicial e da democracia, assim, é explorado mediante um diálogo entre ditos instrumentos e a consagração histórica do princípio da separação de poderes, a principiar pelas proposições de Montesquieu a esse respeito, com posteriores inserções em propostas da doutrina das questões políticas, da teoria econômica da *public choice* e, de resto, de algumas das questões teóricas mais recentes em torno da ascensão desse papel de protagonismo do Poder Judiciário e da sua função no âmbito das democracias constitucionais. A partir das perspectivas expostas, sustenta-se uma abordagem prática da dinâmica da decisão judicial e dos processos de captura de renda (*rent seeking*) exercidos, sobretudo frente ao Legislativo e ao Executivo, por grupos de interesse com maior capacidade de persuasão no cenário político, tudo em ordem a se estabelecer um equilíbrio entre constitucionalismo e democracia na concretização de direitos constitucionalmente previstos. Parte-se, pois, do pressuposto de que, em razão de o acesso à jurisdição constitucional ser frequentemente muito mais aberto à cidadania, individualmente ou através de instituições representativas, do que o acesso aos órgãos políticos, a soberania popular, em uma democracia constitucional, expressa-se não apenas por meio dos órgãos de origem eletiva, mas também por meio do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Ativismo judicial. Direito judiciário. Democracia constitucional. Teoria da escolha pública.

## **ABSTRACT**

*This study exams the political functions exercised by the Judiciary in the contemporary Democratic Rule of Law, in particular because of the intricate convivium that permeates the active action of the courts, structured based on the constitutionalist principle, and the majority rule as a presupposition of legitimacy of the state's normative production process. In order to do so, a careful analysis is made of the phenomenon of the judicialization of politics and the creative interpretation of the law carried out by the courts, as well as the crisis of legitimacy that results from a supposed affront to the democratic principle. The dilemma about the limits of judicialization of politics, judicial activism and democracy is thus explored through a dialogue between these instruments and the historical consecration of the separation of powers principle, beginning with Montesquieu's propositions in this respect, with later insertions in the proposals of the political questions doctrine, the public choice theory, and some of the most recent theoretical questions about the rise of this protagonism of the Judiciary and its function in the scope of constitutional democracies. From those perspectives, it is suggested a practical approach to the dynamics of judicial decision-making and to the rent seeking processes exercised, especially in relation to the Legislative and the Executive, by interest groups with greater persuasion in the political scenario, all in order to establish a balance between constitutionalism and democracy in the realization of constitutionally foreseen rights. It is therefore assumed that, because the access to constitutional jurisdiction is often much more open to citizens, individually or through representative institutions, than the access to political organs, popular sovereignty, in a constitutional democracy, is expressed not only through the organs of elective origin, but also through the Judiciary.*

**Keywords:** *Judicialization of politics. Judicial activism. Judiciary law. Constitutional democracy. Public choice theory.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>11</b>
2.1 DO ESTADO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES AO ESTADO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO .....	16
a) O Estado Constitucional da Separação de Poderes .....	18
b) O Estado de Bem-Estar Social ( <i>Welfare State</i> ).....	29
c) O Estado Democrático de Direito.....	37
2.2 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO ( <i>JUDICIARY LAW</i> ).....	41
a) A Supremacia da Constituição e o Papel do Judiciário como Guardião da Ordem Constitucional ..	42
b) A Doutrina das Questões Políticas e o Embate entre as Correntes Interpretativistas e Não-interpretativistas da Constituição .....	46
c) A Expansão do Direito judiciário ( <i>Judiciary Law</i> ).....	50
d) O Judiciário como um Terceiro Gigante.....	55
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>65</b>
3.1 O PAPEL CRIATIVO DOS JUÍZES E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO.....	70
a) O Procedimentalismo de John Ely como Limite à Atuação Ativa dos Tribunais .....	74
b) O Substancialismo de Ronald Dworkin e o Controle da Discricionariedade Judicial .....	78
c) A Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas e os seus Reflexos no Papel dos Tribunais Constitucionais .....	87
3.2 O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA .....	97
a) A Constituição como Limite do Governo Democrático .....	99
b) O Ativismo Judicial sob a Ótica da Teoria da Escolha Pública.....	104
c) A Jurisdição Constitucional e a Democracia Deliberativa .....	116
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>133</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Recentemente, Mark Tushnet<sup>1</sup>, perplexo acerca da natureza paradoxal que envolve a associação entre o constitucionalismo e a democracia no Estado moderno, tanto no plano teórico como na *práxis* política, propôs, através do artigo *Democracy versus Judicial Review: is it time to Amend the Constitution?* e à luz do princípio do autogoverno, a promulgação de uma emenda à Constituição norte-americana com o fito de acabar com o crescente papel de protagonismo da Suprema Corte naquele país, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes do Estado. Na essência, a provocação do autor reflete o inconformismo generalizado com o fato de os tribunais estenderem as suas funções para além da mera aplicação do direito posto, o que se daria em completa afronta ao princípio democrático.

A crítica feita, contudo, não é inédita. Em apurada análise da atual postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, Ives Gandra da Silva Martins anotou o seguinte: “Reafirmo que reconheço nos eminentes ministros do Pretório Excelso as excelsas qualidades, o que não significa, entretanto, que, ainda enquanto o Brasil for uma democracia, não tenha eu o direito de divergir, com respeito e constrangimento, do ativismo judicial dos ínclitos juristas que compõem a Suprema Corte”. Para o referido autor, pois, “esse protagonismo judicial (...) está trazendo muito maior insegurança do que certeza no Direito e na vida dos Direitos, na feliz expressão cunhada por Vicente Rao, para intitular seu clássico livro”<sup>2</sup>.

E esse é um consenso entre tantos outros estudiosos que já se debruçaram sobre o dilema envolvendo aquilo que Frank Michelman denomina como “o problema de Rousseau”<sup>3</sup>, relativo justamente ao intrincado e constante convívio entre a atuação ativa dos tribunais, estruturada com base no princípio constitucionalista, e a regra da maioria como suposto de legitimidade do processo de produção normativa do Estado. E digo constante porque, nos dizeres de Rousseau, a

---

<sup>1</sup> Tushnet, M. (2005), p. 59-63

<sup>2</sup> Martins, I.G. (2012), p. 71-81

<sup>3</sup> Michelman, F. (1999), p. 10

verdadeira finalidade da organização da vida em sociedade seria ou deveria ser “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes”<sup>4</sup>, fórmula essa que, por si só, encerra duas finalidades distintas, cada uma ligada a teorias e práticas bastante particulares, mas necessariamente interligadas: de um lado, envolve a proteção do indivíduo e dos seus bens; e, de outro, a participação dos associados (cidadãos) na criação das normas que irão reger a condução da máquina governativa.

O paradoxo estaria justamente na ambiguidade da relação interna entre constitucionalismo e democracia em um mesmo sistema político, já que é evidente uma complexa competição por espaços institucionais entre ambos os institutos na definição das questões políticas. Isso, inevitavelmente, significa que uma expansão do Judiciário, com o alargamento do seu papel como guardião da Constituição, provoca, em contrapartida, uma clara retração do papel da democracia na condução das formas de atuação do governo, e vice-versa.

Na realidade, o estudo da história política moderna revela que a coexistência e a concorrência entre constitucionalismo e democracia não são cronologicamente congêntas. Tanto a doutrina como a prática do direito constitucional, aliás, evidenciam que ambos esses institutos são cada vez mais pressionados por duas tendências gerais e, ao menos *a priori*, contraditórias: a primeira, propõe o *ativismo judicial* para assegurar as conquistas sociais cristalizadas nas constituições; a segunda, por sua vez, busca conter a atuação jurisdicional e o direito judiciário (*judiciary law*) em favor do processo democrático<sup>5</sup>.

A associação desses dois preceitos como eixos fundamentais do Estado moderno, cumpre rememorar, desenhou-se gradativamente ao longo dos séculos, porém ganhou destaque sobretudo a partir do término da Segunda Guerra Mundial, marco histórico da remodelação do Estado em busca da consolidação e plena efetivação de novas conquistas relacionadas aos direitos humanos, através da implantação e efetivação de políticas públicas destinadas a alçar os direitos

---

<sup>4</sup> Rosseau, J.J. (1999), p. 20

<sup>5</sup> Mello, C.A. (2003), p. 8

adquiridos à categoria jurídica de postulado da justiça social, exigindo-se, para tanto, uma postura ativa do Estado. É nessa nova faceta de desenvolvimento da ciência jurídica e política que o papel do Poder Judiciário é reforçado com a ampliação das suas competências, em especial no campo da invalidação ou do redirecionamento dos atos administrativos e através de uma nova leitura das normas jurídicas à luz do texto constitucional, tensionando a sua relação com a ideia de governo da maioria.

A maior frequência e relevância da participação do Poder Judiciário que então se vislumbrou no cenário mundial levaram cientistas políticos, sociólogos e juristas a identificarem um fenômeno a que, com algumas variantes terminológicas, deram o nome de *judicialização da política*, fenômeno de resto responsável por abrir aos magistrados uma dimensão criativa da interpretação e da aplicação do direito antes inexistente ou largamente reprimido, realçando o caráter político das escolhas efetuadas pelos juízes no exercício do seu mister. E é precisamente essa expansão do Judiciário como canal de realização dos direitos fundamentais que serve a aprofundar ainda mais os debates acerca da sua legitimidade democrática e dos limites da sua atuação.

Se nos países de *Common Law* a influência política dos juízes talvez seja muito menos visível, por ser, como adiante se verá, mais antiga, entre os países da família romano-germânica o *governo de juízes* ou o *ativismo judicial* resultante dessa perspectiva promocional atribuída ao Estado e ao direito aparentemente designa ainda mais graves riscos à estabilidade democrática. Por essa razão, como já acima referido, não são poucos os que sustentam que não caberia ao Judiciário substituir a prática política, já que as demandas sociais, com base no discurso do direito, permanecem em constante conflito com o princípio democrático, o que só se agravaria com o fato de um corpo não eleito (e, portanto, politicamente irresponsável) ser então considerado legítimo para dizer aos representantes do povo que eles não podem governar como pretendem<sup>6</sup>.

Não se pode deixar de vislumbrar, contudo, que os procedimentos de concretização da Constituição pelos tribunais também possibilitam a formação de um novo espaço de manifestação da esfera pública, capaz de atuar positivamente sobre o poder político. Afinal, como bem enfatiza Norberto Bobbio, “apenas onde o

---

<sup>6</sup> Ely, J.H. (1979), p. 4



dissenso é livre para se manifestar, o consenso é real”<sup>7</sup>, de modo que a existência de um sempre iminente *risco de conflito* é pressuposto para uma relação social harmônica e para uma atuação estatal concisa e consistente. E a abertura desse novo canal para que sejam ouvidas e solucionadas reivindicações sociais das mais diversas acaba sendo imprescindível para a consecução dos fins do Estado e para a própria higidez do processo democrático.

Ora, obviamente, onde há risco de conflito, deve haver mecanismos para a sua preservação e solução. É aí que entra em cena a importância do princípio constitucionalista como limitador do poder político e barreira à captura de renda (*rent seeking*) que buscam promover os grupos de interesse com maior participação no processo legislativo, forçando um redirecionamento da ordem política para a consecução de fins particulares, alheios à própria vontade da maioria, cerne do regime democrático.

A teoria econômica da *public choice*, na esperança de esclarecer o papel do Estado e conformar a sua atuação à inegável pluralidade e complexidade social, bem destaca essa atuação predatória dos grupos de interesse, que, querendo ou não, acabam por modelar o funcionamento do sistema político nas atuais democracias representativas, mediante a permuta de vantagens pessoais (*logrolling*) que desvirtuam a nobre função do Estado de, em tese, promover o interesse público geral. E esse jogo de trocas encetado dentro dos poderes representativos do Estado só vem a demonstrar que o Judiciário, na realidade, é também ele capaz de aparecer como elemento decisivo para o equilíbrio jurídico-político.

Chega-se a um ponto, assim, em que o aparente vilipêndio representado pela crescente atuação do Judiciário ao princípio da separação de poderes denota senão o próprio caráter democrático que deflui da ação judicante, na medida em que, além de supervisionar a conformidade constitucional dos atos dos poderes Legislativo e Executivo (controle de constitucionalidade), confere também a possibilidade de que as minorias derrotadas ou sem acesso à arena parlamentar (*minorias permanentes*) possam ver realizados programas sociais de efetivação das garantias individuais e coletivas insculpidas na Constituição, mas deixadas de lado em prol de interesses escusos e egoístas das camadas sociais mais favorecidas. Vale dizer: se, por um

---

<sup>7</sup> Bobbio, N. (1997b), p. 63

lado, o princípio da separação de poderes figura efetivamente como argumento limitador do criacionismo judicial, de outro, impende considerar que, em um contexto de administração judiciária, tal princípio é senão um incentivador de uma atuação não coagida por parte do Poder Judiciário, em prestígio à harmonia entre os poderes e em prol de se combater um sintoma de ineficiência normativa e institucional na concretização de políticas públicas e dos direitos sociais inscritos na Constituição. E é sob esse viés, portanto, que aqui se propõe a análise da legitimidade democrática dos tribunais<sup>8</sup>.

A caminhada para tanto, contudo, requer antes sejam examinadas as bases da própria formação estrutural do Estado moderno, assente no princípio da separação de poderes emoldurado por Montesquieu em *O Espírito das Leis* e na consequente necessidade de se estabelecerem mecanismos de controle recíproco entre as funções primordiais do Estado, tudo como forma de inibir o seu exercício arbitrário. Isso porque, foi a partir daí que surgiram, na história, diversas reações voltadas a definir se é preciso que algum dos poderes efetivamente goze de supremacia sobre os demais e, caso positivo, qual deles deve assumir esse papel.

Ante a tal questionamento, na perspectiva de que fossem prováveis os impasses institucionais, concluiu-se, já há algum tempo, pela necessidade da adoção de algum critério superlativo que suplantasse e resolvesse eventuais conflitos entre os poderes. E esse critério, dadas as vicissitudes históricas que mais adiante se demonstrará, foi depositado, sucessivamente, (i) na soberania popular, transfigurada nas formas diversas de representação política, (ii) na promoção do bem-estar coletivo corporificada em executivos fortes e, por fim, (iii) na ordem constitucional, responsável por assentar normativamente as bases organizativas e principiológicas do Estado. Desse movimento resultou que, depois de esgotados os ciclos de supremacia parlamentar (Estado liberal) e de supremacia do Executivo (Estado social), passou-se a confiar aos juízes e tribunais a delicada tarefa de mediação e arbitragem das questões políticas que norteiam a consecução dos fins do próprio Estado, através de uma atuação voltada à garantia do primado da Constituição (Estado democrático de direito)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Baio, L.S. (2012), p. 265

<sup>9</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 19

De fato, em virtude dos diversos eventos históricos que permearam a construção do conceito de Estado e a conformação das suas funções, acabou-se por entender que as competências atribuídas a cada poder deveriam ser delineadas, genericamente, na própria Constituição. Com isso, é nela que se encontra, hoje, a verdadeira fonte de legitimidade de atuação dos agentes políticos. E, transgredidas as reservas de competência, é à Constituição que se está agredindo. Logo, mesmo em uma democracia representativa, o controle principal há de consistir na indispensável conformação (preventiva ou corretiva) dos atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. É dizer, a supremacia, ao fim e ao cabo, deve assentar-se na Constituição.

A Constituição, contudo, por si só, não tem como se defender. É preciso que haja a ação concreta de algum agente de modo a fazer valer as normas nela insertas e os princípios e valores que a norteiam, explícita ou implicitamente informados no seu texto. Daí delegar-se aos tribunais tal missão, através de um movimento em que a própria teoria constitucional é forçada a dialogar permanentemente com a filosofia política e moral, na medida em que o seu objeto e a sua metodologia passam a coincidir, em aspectos fundamentais, com aqueles próprios a essas outras áreas do conhecimento.

Essa atuação ativa dos tribunais, entretanto, não pode ser irrestrita, de forma a suplantar e substituir as funções dos demais poderes do Estado. E é embasado nessa assertiva que o presente estudo pretende então identificar os limites entre *judicialização da política*, *ativismo judicial* e *democracia*, especialmente no que concerne ao reconhecimento e à determinação do conteúdo e da extensão dos princípios fundamentais consagrados pelo Estado. O dilema entre constitucionalismo e democracia, dotado de notória atualidade, será, portanto, explorado mediante um diálogo entre ditos instrumentos e a consagração histórica do princípio da separação de poderes, a principiari pelas proposições de Montesquieu a esse respeito, com posteriores inserções em propostas da doutrina das questões políticas, da teoria econômica da *public choice* e, de resto, de algumas das contribuições teóricas mais recentes em torno da ascensão desse papel de protagonismo do Poder Judiciário e da sua função no Estado democrático de direito.

## 2 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em meados do século XVIII, nomeadamente em reação aos abusos perpetuados pelo Estado absolutista em França, Montesquieu compõe o primeiro prólogo do ideário político que posteriormente se tornaria o alicerce do modelo estatal que inaugurou o regime do constitucionalismo moderno. O autor, conforme preceitua Paulo Bonavides, “é o primeiro panfletário que terça armas com o absolutismo; o primeiro homem *soberanamente inteligente* que desafia os fantasmas da perseguição”<sup>10</sup>, abrindo ensanchas à emancipação interior das consciências daqueles que, pouco depois, proclamariam uma nova soberania, uma nova legitimidade, um novo Estado.

A monarquia absolutista, é bem verdade, já apresentava seus sinais de cansaço. E o próprio Montesquieu já havia demonstrado, através das personagens Rica e Usbeck, em *Cartas Persas* (1721), a sua indignação com os excessos por ela cometidos, apontando, com sagacidade e irreverência, para as mazelas da sociedade, a sua estagnação cultural e a depravação dos seus costumes. Era preciso, pois, descentralizar o poder para que outros setores sociais pudessem influir de forma consistente nos destinos do reino.

Antes de Montesquieu, na Inglaterra, com seus tratados, Locke também lançara olhares críticos ao poder absoluto, tendo atrás de si uma revolução e a sobressalente necessidade de restituir à perturbada consciência inglesa a paz de espírito que os seus cidadãos haviam perdido ao expatriarem um rei, derrogando-lhe o trono e a dinastia. Em sua obra, Locke carrega o mérito de dar maior sofisticação teórica às questões relacionadas ao poder e à sua distribuição, sublinhando os notórios perigos do poder monolítico e enaltecendo a regra da maioria como critério definidor das deliberações políticas. Todavia, seu discurso não se preocupa em disfarçar sua opção ideológica: a concepção de um sistema de distribuição de

---

<sup>10</sup> Bonavides, P. (2003), p. 196-197

funções do Estado cuja razão de existência repousa na proteção da propriedade privada<sup>11</sup>.

Para Locke, o maior e principal objetivo de os homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, seria a preservação de direitos de índole negativa, em especial, o da propriedade. Nas palavras do autor, a fuga do estado de natureza para a consagração de uma sociedade política organizada teria como finalidade precípua assegurar “o desfrute da propriedade em paz e segurança”<sup>12</sup>, daí advindo a sua preocupação em estabelecer mecanismos de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo, em ordem a prevenir a formação de um poder absoluto, capaz de pôr em risco os direitos individuais.

Conquanto ainda estivesse algo distante da fórmula clássica da tripartição de poderes cunhada ao depois por Montesquieu, as observações de Locke já continham, *in nuce*, a ideia da necessidade de divisão funcional do poder político, para que não ficasse depositado em mãos únicas. Partiam da percepção empírica, mas sábia, de que o poder tende a desvios, mais tarde sintetizada na máxima de Lord Acton de que “todo poder corrompe”<sup>13</sup>.

Na essência, a tese desenvolvida por Locke é muito similar à que viria a ganhar as páginas da obra de Montesquieu: a salvaguarda das liberdades individuais, o extermínio da tirania. Ambos se complementam através do eixo de um mesmo pensamento político, que, ao fim e ao cabo, visa limitar o poder do Estado, atribuindo aos seus titulares, como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a firmar, uma participação mais responsável na direção na máquina governativa<sup>14</sup>.

No entanto, é da obra de Montesquieu que, de forma ainda mais aguda e consistente, extraem-se as bases nascentes da organização constitucional do Estado moderno. Enquanto “Locke vira apenas o homem e sua liberdade, o homem

---

<sup>11</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 37

<sup>12</sup> Locke, J. (2002), p. 92 (cap. IX, nº 124) e 98 (cap. XI, nº 134)

<sup>13</sup> Conforme trecho extraído de voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em 13/04/2005.

<sup>14</sup> Bonavides, P. (2003), p. 195

e seus direitos naturais, sem ter visto o homem e a garantia dessa mesma liberdade e desses mesmos direitos”<sup>15</sup>, Montesquieu, ao escrever para uma França prostrada pelo absolutismo decadente da regência de Filipe de Orleans e Luís XV, dá as diretrizes para as mutações mais profundas da sociedade, desenvolvendo (ou refinando) a estrutura básica que, anos depois, comporia o ordenamento jurídico e político do Estado constitucional.

Ao idealizar a liberdade política dos cidadãos, e buscando resguardá-la, Montesquieu ocupou-se tanto da definição dos poderes do Estado quanto dos seus limites. Averiguou a forma de exercício das suas competências primordiais, mas tentou também obstar os abusos, afinal “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”. E, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas o poder limite o poder” (*le pouvoir arrête le pouvoir*)<sup>16</sup>.

A partir dessa premissa categórica, o autor, inspirado sobretudo nos arranjos estruturais das instituições políticas inglesas e no seu sistema de conveniência entre Legislativo e Executivo, característico da fórmula do “*King-in-Parliament*”, pontua uma série de entrelaçamentos operacionais entre as funções primordiais do Estado, colocando-se, com *O Espírito das Leis*, como “mentor deste mítico dogma da ciência política” que é o princípio da separação de poderes<sup>17</sup>.

Para Karl Loewenstein, “a liberdade é o télos ideológico da teoria da separação de poderes”<sup>18</sup>. É em torno dela que Montesquieu desenvolve sua luta contra o absolutismo monárquico do *Ancien Régime*, segundo a moldura do clássico conflito entre liberdade e autoridade. Seu propósito original estava em combater o poder absoluto; e a separação de poderes foi o método encontrado para a consecução desse fim maior.

A tese desenvolvida, contudo, não passou imune às críticas. Apesar da clareza e da notória percuciência com que o tema é tratado no Capítulo VI do Livro

---

<sup>15</sup> Bonavides, P. (2003), p. 197

<sup>16</sup> Montesquieu (1996), p. 166

<sup>17</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 21

<sup>18</sup> Loewenstein, K. (1976), p. 55. No Original: “(...) *la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes.*”

XV d'O *Espírito das Leis*, intitulado de *Da Constituição da Inglaterra: o mito da separação dos poderes*, a exposição do ideário nele contido foi alvo de duras reprimendas, especialmente dos cultores do direito e da história da Inglaterra, basicamente acusando a infidelidade da descrição<sup>19</sup>. O argumento mais recorrente era o de que o governo inglês de então estaria estruturado sob uma monarquia submissa a um Parlamento; logo, não conhecia a separação de poderes arquitetada pelo filósofo.

Pela profundidade e extensão da sua obra, entretanto, pode-se dizer que o alegado “equívoco” de Montesquieu não resultou de desconhecimento ou de qualquer propósito de distorcer a história. Foi consciente. É razoável supor que, embora o cenário retratado pelo autor não correspondesse, de fato, àquele existente em um conjunto de ilhas ao norte da França do século XVIII, guiado por uma monarquia também corrupta e opressora, o que fez Montesquieu foi apenas ambientar seu regime imaginário em uma nação pujante e estruturada sob a égide do constitucionalismo, almejando tornar o modelo concebido mais crível e convincente<sup>20</sup>.

E o fez com maestria. Tanto é que, aquilo que inicialmente parecia mais uma observação ligeira, despretensiosa e superficial na sua obra, rapidamente tomou ares de certeza e ganhou posição central no embate contra o arbítrio do poder do Estado absolutista.

Uma vez lançadas, no terreno político, social e filosófico, as bases da renovação, o que se seguiu à obra do Barão francês, e como desdobramento do liberalismo econômico, foi a conclusão da montagem do Estado moderno, com a consagração do princípio da separação de poderes como a sua mais sólida garantia, prevista inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, que assim dispõe em seu décimo sexto enunciado: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

---

<sup>19</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 38

<sup>20</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 39

A partir desse momento, a divisão das funções estatais, cujo intento central era justamente prevenir a concentração dos poderes num só ramo da autoridade pública, alcança o patamar de dogma constitucional, indispensável à garantia dos direitos do homem e à proteção da única fonte legítima de poder: o povo. Afinal, “não há poder legítimo além daquele que é instituído pela coletividade que ele rege”<sup>21</sup>.

Organizou-se, então, a estrutura fundamental do Estado constitucional, cuja evolução histórica, fortemente influenciada pelo desenvolvimento socioeconômico desencadeado pelas revoluções liberais do final do século XVIII, denota a presença de ao menos três modalidades ou versões mais bem definidas de atuação do poder público, especialmente na relação com os seus cidadãos. A primeira delas, marcada pela premente necessidade de se estabelecer limites ao poder soberano e dar aos súditos espaço suficiente para que exerçam autonomamente a sua vontade, é retratada pelo Estado constitucional da separação de poderes (Estado liberal); a segunda, resultante da necessidade conjuntural de se garantir uma posição ativa do governo na salvaguarda dos direitos sociais, é retratada pelo Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado social); por fim, a terceira versão do Estado constitucional, agora responsável pela consagração de direitos transindividuais (direitos de terceira dimensão ou geração), é a da democracia participativa, retratada pelo Estado democrático de direito.

Entre todas elas, veja-se, o que se observa não é propriamente uma ruptura no tempo, mas uma metamorfose ilustrada pela expansão crescente dos direitos fundamentais, com o aperfeiçoamento e o enriquecimento da máquina estatal no estabelecimento progressivo de um conjunto de instituições capazes de enquadrar o exercício do poder e prevenir o seu abuso. O Estado liberal evoluiu sem perder o seu substrato último: a liberdade; o Estado social surgiu como resposta à pujante questão social que permeava a Revolução Industrial, e incluiu nas constituições direitos dessa estirpe; o Estado democrático, por sua vez, dá continuidade à caminhada, buscando inserir na ordem constitucional as novas franquias conquistadas pelo homem, compreendidas em direitos fundamentais de diversas dimensões. E foi assim que, pouco a pouco, viu-se o direcionamento da sociedade a

---

<sup>21</sup> Burdeau, G. (1957), p. 93



regimes de democracia representativa, atrelados a um modelo de escolha racional alicerçado em direitos e prerrogativas previstos na Constituição<sup>22</sup>.

## 2.1 DO ESTADO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES AO ESTADO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO

A ascensão das correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários Locke, Montesquieu, Rosseau e Kant – aos poucos minam desde as suas bases a perempta estrutura da antiga sociedade de privilégios, conduzindo ao Estado constitucional, representativo ou de direito. Marco determinante de viragem, em que o absolutismo finalmente expira como doutrina e culmina onde a democracia moderna passa a ganhar destaque dentro dos grandes axiomas políticos, é a Revolução Francesa (1789-1799), que, com o sangue e o cutelo das guilhotinas, inaugura de vez a era das liberdades. Não menos importância, contudo, assumem nessa exponencial mudança a Inglaterra, onde a revolução liberal se desencadeia um século antes, e os Estados Unidos, com a primeira Constituição escrita em sentido moderno<sup>23</sup>.

A queda da Bastilha simboliza, na realidade, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erigida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio. Simboliza também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação civil e política, bem assim o momento em que a burguesia, largamente oprimida pelo sistema absolutista, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca e se inclina ao elemento popular. Por fim, denota o nascimento do poder do povo e da nação em sua legitimidade incontrastável, possibilitando o ingresso das leis fundamentais nas instituições de governo<sup>24</sup>.

Inicia-se a era do constitucionalismo moderno, em que o poder já não é mais de pessoas, mas de leis. São elas que, como expressão da vontade geral (soberania

---

<sup>22</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 161

<sup>23</sup> Miranda, J. (2009), p. 32-33

<sup>24</sup> Bonavides, P. (2004), p. 36

popular), governam o ordenamento social e político, convertendo o Estado absoluto em um Estado constitucional.

Como resposta ao absolutismo, o constitucionalismo moderno surge vinculado à ideia de Constituição escrita e rígida, revestindo-se de pelo menos duas características marcantes: organizar o Estado e limitar o seu poder, por meio da declaração de direitos e garantias fundamentais. E a Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico e social, ganha status e força capazes de limitar e vincular todos os órgãos do poder político, manifestando-se, por isso, como norma fundamental do Estado<sup>25</sup>.

Por suas características, a Constituição (*Constituição moderna*) é normalmente discutida como um tipo de contrato, tal como o *contrato social*. E a definição é importante sobretudo se considerarmos que, salvo em circunstâncias excepcionais, um contrato, ao contrário de um estatuto, somente pode ser alterado com o consenso das partes, isto é, a mudança exige a aquiescência de todos os contratantes, e não a mera preferência de alguns poucos.

Em termos de Constituição, a exigência do consenso, seja ele unânime ou de uma maioria absoluta (*supermajority*), tal como ocorre no caso brasileiro, revela uma barreira mais dificilmente transponível para fins de elaboração de emendas constitucionais, conferindo ao instrumento *estabilidade*<sup>26</sup> e *consistência*<sup>27</sup>. E essa rigidez verificada quanto à alterabilidade das normas constitucionais empresta ao sistema como um todo uma maior segurança jurídica, além de denotar esse caráter de norma hierarquicamente superior que passa a ter a Constituição.

O processo legislativo mais árduo para alteração da Lei Maior, contudo, abre caminho, desde o início, para a atuação de grupos de interesse da sociedade que também cercam o processo legislativo ordinário. Ora, conquanto seja sobremodo dificultoso obter uma proteção constitucional, pode-se dizer que o inverso também é verdadeiro, e “derrubar” uma garantia constitucional já conquistada torna-se tão ou

---

<sup>25</sup> Cunha Jr., D. (2015), p. 32

<sup>26</sup> Silva, J.A. (1992), p. 42-43

<sup>27</sup> Ferreira, L.P. (1999), p. 37

mais custoso do que obtê-la, aumentando o seu valor de barganha<sup>28</sup>. Isso fez com que, como se verá mais adiante, a interação de grupos de interesse, principalmente no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, acabasse, desde cedo, tornando-se fator determinante para caracterizar os caminhos que tomou o constitucionalismo moderno, com reflexos diretos sobre o atual papel de protagonismo que exerce o Poder Judiciário na resolução de questões políticas e no implemento de programas sociais. Antes de adentrar nesse ponto, entretanto, faz-se imperioso tecer algumas considerações a respeito da evolução do Estado, desde o Estado constitucional da separação de poderes até o Estado democrático-participativo.

#### a) O Estado Constitucional da Separação de Poderes

Ainda no século XIX, o Estado de direito surge como um Estado liberal – ou Estado constitucional da separação de poderes<sup>29</sup> –, assente na ideia de liberdade dos cidadãos e voltado à limitação do poder político, tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade. A sua finalidade precípua era a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a consequente garantia de direitos individuais perante esses mesmos poderes<sup>30</sup>.

A propósito da consagração da liberdade política, discorre Montesquieu:

“A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estiver junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

---

<sup>28</sup> Posner, R.A. (2014), p. 892

<sup>29</sup> Bonavides, P. (2003), p. 29

<sup>30</sup> Canotilho, J.J. (1999), s/n

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais (sic) ou de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”<sup>31</sup>

Em termos cronológicos, as Constituições em sentido moderno (escritas e rígidas) que inauguram o regime do Estado de Direito são a dos Estados Unidos (1787) e a da França (1791), ambas com a pretensão de lançar a norma constitucional a um patamar fundamental, norma essa que teria a forma escrita produzida por uma Assembleia Constituinte e seria protegida juridicamente por cláusulas contrárias à maioria política eventualmente no poder. Para prevenir a centralização das funções primordiais do Estado, fim último da separação de poderes, ao menos em termos econômicos<sup>32</sup>, utilizou-se do modelo tripartite arquitetado por Montesquieu em *O Espírito das Leis*, nestes termos:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.”<sup>33</sup>

A leitura isolada desse fragmento poderia levar à conclusão de que, tal como enunciam alguns estudiosos da obra de Montesquieu<sup>34</sup>, o autor teria concebido um regime político alicerçado em uma radical separação de poderes, com seu mobiliário disposto tal como se estivesse dentro de uma câmara de vácuo: as peças bem distribuídas, em um perfeito e equilibrado arranjo, mas totalmente inertes<sup>35</sup>. De viés eminentemente separatista e de cunho estritamente jurídico, todavia, a corrente doutrinária estruturada a partir dessa premissa cedeu lugar a uma visão um tanto quanto mais fidedigna daquilo que efetivamente transparece das páginas d’O

<sup>31</sup> Montesquieu (1998), p. 167-168

<sup>32</sup> Posner, R.A. (2014), p. 894

<sup>33</sup> Montesquieu (1996), p. 166-168

<sup>34</sup> Nesse sentido, a título exemplificativo, cito o autor Passerin D'Entrèves (*in The notion of the state – an introduction to political theory*, Oxford, Oxford University, 1967, p.121).

<sup>35</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 44

*Espírito das Leis* e que ganhou vida posteriormente no corpo das constituições modernas, concernente à noção de dinâmica dos poderes.

Conforme define Montesquieu, os poderes, na sua essência, “são obrigados a avançar concertadamente”<sup>36</sup> em prol do aprimoramento das funções de governo e da maior garantia das liberdades individuais. A ideia inspiradora “é que, só quando os poderes máximos do Estado se colocam em um mesmo plano, podem ser controlados”. Consequentemente, “só desse controle recíproco, que leva a uma situação de equilíbrio dos poderes, deriva o maior obstáculo ao despotismo e, portanto, a maior garantia da liberdade aos cidadãos”<sup>37</sup>.

Os dados históricos, é importante esclarecer, evidenciam que Montesquieu não inventou algo inédito, mas apenas fez uma sistematização bastante coerente – e, sobretudo, executável – a partir de uma lógica na qual se atribuem funções políticas a pessoas ou órgãos distintos. Como resultado, aparecem limitações de poder entre si, que se distribuem entre partes de um todo e evitam que o Estado se personifique na figura de uma só pessoa ou do mesmo “corpo de principais”, reduzindo ao mínimo os riscos de se recair novamente nos tão indesejados e indigestos regimes de exceção e arbítrio outrora predominantes<sup>38</sup>.

Conforme esclarece o economista Milton Friedman, “a principal ameaça à liberdade é a concentração do poder de coerção, seja nas mãos de um monarca, de um ditador, de uma oligarquia, ou de uma maioria momentânea”. Em razão disso, “a preservação da liberdade exige, na maior medida possível, a eliminação de tal concentração de poder e a diluição e distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, ou seja, um sistema de *checks and balances*”<sup>39</sup>.

Também nesse aspecto, ao discorrer sobre a significação histórica do princípio da separação de poderes, Hans Kelsen enfatiza que essa se encontra

---

<sup>36</sup> Montesquieu (1996), p. 176

<sup>37</sup> Bobbio, N. (1997), p. 236

<sup>38</sup> Machado, E.D. (2012), p. 86

<sup>39</sup> Friedman, M. (1975), p. 15

“precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação”<sup>40</sup>. Na mesma toada, acentua Eugenio Zaffaroni:

“(…) as palavras de Montesquieu são muito mais claras se forem consideradas como provindas de um sociológico e não como texto dogmático, porque parte ele do reconhecimento do fenômeno humano que não pode ser esquecido na medida em que se conserve um mínimo de contacto com a realidade: todo poder induz ao abuso.

(…)

Entendendo Montesquieu socióloga e politicamente – e não jurídica ou formalmente – não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência ‘natural’ ao abuso.”<sup>41</sup>

E arremata Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico. Ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real. (...) Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca.”<sup>42</sup>

A matriz histórica da separação de poderes, portanto, há de ser reconduzida, no contexto da causa, ao alcance de instrumento político que lhe emprestava o autor que a consagrou como teoria: conter o poder para, repito, garantir a liberdade. Por essa razão, em coerência com os seus pressupostos teóricos, afirma-se que Montesquieu jamais defendeu a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais.

Antes disso, chegou a referir mecanismos de relacionamento mútuo entre os poderes, emanando dos seus escritos verdadeiros paradoxos de interdependência e de inserção entre as ditas funções do Estado, exatamente como meio de se alcançar o desejável equilíbrio entre elas, dentro da pré-compreensão de que todas são relevantes para a consecução do interesse público que subjaz a ação governamental. Fala-se, a toda evidência, da presença de mecanismos de contenção que, a exemplo do poder de veto do Executivo, enaltecem não o

---

<sup>40</sup> Kelsen, H. (1990), p. 274

<sup>41</sup> Zaffaroni, E. (1995), p. 81-83

<sup>42</sup> Ferraz Jr., T.S. (1995), p. 41

monopólio de competências ou atribuições, mas a simples preponderância delas em cada um dos poderes essenciais do Estado<sup>43</sup>.

De fato, se a cada função do Estado forem reservadas competências inexpugnáveis, ou se confia fielmente na perfeita obediência aos limites de ação por cada exercente do poder, ou, o que é mais realista e prudente, devem ser criados mecanismos de controle recíproco, mantendo-se o equilíbrio pela própria abertura de flancos institucionais voltados à repressão dos desvios cometidos em cada esfera de atuação do Estado<sup>44</sup>. Isso leva a admitir que, na realidade, o dogma da separação de poderes é falso, ao menos se pensado em uma estrutura política sinceramente crente na imprescindibilidade de sistemas efetivos de controle das funções estatais.

Embora indispensável, não é propriamente a separação de poderes que leva à redução dos avanços desenfreados e ameaçadores do Estado; para além dela, é imprescindível que as funções estatais sejam exercidas coordenadamente, de forma que uma não se sobreponha às demais, ao menos em termos absolutos. Essa, efetivamente, foi a solução pensada teoricamente por Montesquieu e posteriormente acolhida pelos atores do constitucionalismo moderno.

Nesse sentido, vale agregar o que pondera em doutrina Antonio Umberto de Souza Jr.:

“A série de freios recíprocos (dos quais o exercício do direito de veto de proposições parlamentares pelo executivo e a jurisdição parlamentar dos litígios envolvendo a nobreza são demonstrações cabais), cuidadosamente esboçada, revela que o móbil queria ser perfeito, mas sua perfeição, ao menos retoricamente, não estaria na inércia de elementos bem presos, organizados e isolados e, sim, nos movimentos ditados por cordões que, agitados pelo vento (“o espírito das leis”), ficassem intencionalmente emaranhados de modo a que não houvesse sobreposição nem isolamento de peças (“como se o ritmo do nada fosse, sim, todos os ritmos por dentro”).”<sup>45</sup>

Nada disso é novidade, mas há, aqui, toda a pertinência em lembrá-lo, porque tal pensamento não apenas seduziu, mas guiou, na talvez mais bem-

---

<sup>43</sup> Montesquieu (1996), p. 174

<sup>44</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 41

<sup>45</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 44-45

sucedida simplificação orgânico-funcional e aplicação histórica da teoria de Montesquieu, alguns de seus mais veementes observadores, responsáveis pela difusão do sistema esboçado pelo autor nas modernas constituições ocidentais: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Os autores norte-americanos, criadores dos panfletários artigos federalistas, apresentaram a teoria de Montesquieu, desde o princípio, não como uma divisão estanque de funções, mas como meio indispensável à perfectibilização do equilíbrio entre os poderes, concebidos, embora independentes, como harmônicos entre si. Segundo eles, por se espelhar no modelo constitucional inglês, aliás, a conclusão sequer poderia ser outra, ou seja, a teoria não podia pretender que fossem os poderes distintos e separados, mas tão somente que não estivessem concentrados nas mãos de uma única pessoa<sup>46</sup>.

E foi esse o substrato teórico que governou os federalistas na construção de um sistema de contenções e compensações que, figuradas nos *checks and balances*, caracterizaram uma das mais sensatas respostas políticas à necessidade de existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse os seus limites institucionais. Com tal roupagem, a receita política de Montesquieu, acolhida já na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, incorporou-se em boa parte das Constituições ocidentais.

Isso, é evidente, não significa que o princípio da separação de poderes tenha se manifestado de forma homogênea nos mais variados textos constitucionais, como se fosse uma mera adaptação mecânica de um modelo de contornos predispostos e bem-acabados. Na realidade, o que se viu foi que, ajustando-se às tradições culturais, à realidade política e ao próprio arcabouço institucional de cada país, o grau de autonomia dos poderes e os mecanismos possíveis de controle recíproco variaram significativamente em cada sistema político, oscilando, especialmente, entre os modelos integrados às tradições constitucionais francesa e norte-americana.

A despeito das variações que lhe determinaram tais vicissitudes históricas, entretanto, certo é que a afirmação do princípio em tela de exame como integridade axiomática da definição e estrutura dos Estados democráticos sobreviveu e manteve

---

<sup>46</sup> Machado, E.D. (2012), p. 81-82



a sua essência, mesmo ante as diferenças sociais e os rumos da evolução política. Com base na trilogia de poderes moldada por Montesquieu, então, assentaram-se as bases para o surgimento do Estado constitucional moderno.

No seu desenho inicial, o que se viu foi precisamente um Estado economicamente centrado nas forças livres do mercado (capitalismo liberal), e cuja existência estava atrelada à necessidade de certo contingente da sociedade (a burguesia) efetivamente ter seus bens, negócios e direitos protegidos com segurança. Por conta disso, especialmente na Europa, o Parlamento era o seu elemento mais destacado, porquanto mediador mais próximo da vontade popular. A seu turno, o Executivo, embora dispusesse do poder do veto, era apenas o representante da unidade nacional, e deveria dar aplicabilidade às leis. Por fim, a simplicidade do mecanismo da subsunção judicial, decorrente do papel uniformizador e estabilizador exercido pela lei – única fonte formal do direito –, deixam aos tribunais, com raras exceções, “um triste papel bem próximo do que supusera Montesquieu (*em quelque façon nuls*)”<sup>47</sup>.

Quando o princípio da separação de poderes se institucionaliza, o Parlamento ergue-se como o primeiro ramo do poder soberano, concentrando mais legitimidade do que o Executivo, embora esse tivesse finalmente abandonado a sua feição absoluta e sem limites do começo da Idade Moderna, representada pela fórmula “*L’État c’est moi*” (o Estado sou eu), de Luís XIV. Visto à luz do plano dialético, era o Parlamento que detinha a vocação para o governo do povo, pelo povo e para o povo. Havia, pois, um franco predomínio do princípio democrático, representado pelas ideias de autogoverno e soberania popular, sobre o próprio princípio constitucionalista de limitação do Estado.

Não era de se esperar outra coisa. Em razão dos excessos e abusos cometidos pelo Estado absolutista, o Estado liberal moldou-se sob o prisma de completa aversão às interferências estatais, com a esporádica regulação de políticas econômicas pela via legislativa. Nos dizeres de Norberto Bobbio, “o Estado é um mal necessário, mas é um mal”<sup>48</sup>. Por isso, a sua única função deveria ser a de assegurar, manter e garantir a segurança. Haveria de ser um Estado mínimo na sua

---

<sup>47</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 47

<sup>48</sup> Bobbio, N. (1997), p. 121

atuação, um Estado abstencionista capaz de dar à sociedade civil o espaço suficiente à realização da autonomia privada.

Nesse cenário, o Direito Público conhece uma noção radicalmente nova e que vinha bem ao feitio da necessidade de valorizar o Parlamento como unidade de representação da totalidade da cidadania. A lei, como consequência, ganha força mais em razão da sua proveniência orgânica do que propriamente pelo seu conteúdo. E o princípio da soberania do Parlamento eleva-se a tal ponto que acaba por se confundir com o princípio da soberania popular.

O Estado moderno, antes repressivo e interventor, assume na tradição liberal dos anos 1700/1800 posição negativa frente aos direitos e liberdades individuais, de tal modo que o exercício do poder só passa a ser legítimo se fruto de um contrato social, de um pacto social firmado por indivíduos livres e autônomos, responsável esse por reposicionar o conceito de Constituição e a forma como devem ser instituídas, na prática, as normas jurídicas fundamentais de uma comunidade política. Parte-se, aqui, de uma premissa segundo a qual, ao menos até que se prove o contrário, o Estado é o grande inimigo da liberdade individual, é quem representa maior ameaça ao desenvolvimento socioeconômico da burguesia enriquecida e à propriedade privada<sup>49</sup>.

Como corolário, o Estado liberal estrutura-se sobre dois pilares fundamentais: no plano econômico, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não intervenção do Estado, enfim, o *laissez-faire*, que enseja a expansão do capitalismo; no plano político, o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes teorizada por Montesquieu<sup>50</sup>. Além disso, essa forma de Estado estava plasmada em uma noção de cunho emancipatório que revolucionou diversas áreas do conhecimento, composta das racionalidades moral-prática (ética e direito), técnico-instrumental (ciência e tecnologia) e estético-expressiva (artes), todas responsáveis por revalorizar o ser humano e o racionalismo na justificação do exercício do poder soberano.

---

<sup>49</sup> Streck, L.L. & J.L.B. Morais (2006), p. 68

<sup>50</sup> Cunha Jr., D. (2015), p. 33

Em termos de teoria da Constituição, a supremacia do Parlamento, observada na condução do Estado liberal, não se concilia com a ideia de supremacia da norma constitucional, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários, principalmente na Europa, por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da Lei Maior. Em face disso, afirma-se que, ao longo do século XIX e até meados do século XX, as constituições foram apenas macroestruturais dos sistemas jurídicos, destinando-se basicamente a definir os órgãos públicos e a organizar os processos pelos quais as normas gerais de direito seriam criadas. Eventualmente, estabeleciam limites às leis por meio de direitos de liberdade inscritos no texto constitucional. Todavia, o conteúdo do direito encontrava-se sob a égide exclusiva do *legicentrismo*<sup>51</sup>.

Daí, aliás, advém a expressão *minimalismo constitucional*, adotada por Cláudio Ari Pinheiro de Melo<sup>52</sup>. Em sua obra, o autor explicita essa função apenas procedimental que as primeiras constituições escritas exerceram no sistema jurídico, organizando o poder político e estabelecendo o processo de formação das leis. A função de criação do direito propriamente dito, vale dizer, o conjunto de regras de conduta dirigidas à população, era competência do órgão de representação popular, o Parlamento. A juridicidade era monopólio da legalidade, que se elevava a critério de ação dos governantes<sup>53</sup>.

Para evitar a usurpação da esfera legítima do Legislativo, instituiu-se, principalmente na tradição europeia, um Poder Judiciário de atuação inicialmente apagada, restrita ao direito posto nos códigos e nas constituições. O juiz liberal, ao menos em França e nos demais países que seguiram a sua tradição, era um artista cujo talento não estava em criar, mas em fingir que falava: “obediente à máxima de ‘boca inanimada’ o juiz liberal é um juiz ventríloquo iludido que pensa que fala, quando, no fundo, apenas articula os lábios para que as palavras da lei possam ser ouvidas”<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Favoreu, L. (1997), p. 1-16

<sup>52</sup> Mello, C.A. (2003), p. 11

<sup>53</sup> Zagrebelsky, G. (1999), p.21-45

<sup>54</sup> Souza J., A.U. (2004), p. 49

Os três poderes enunciados por Montesquieu, então, na realidade, restringir-se-iam a dois, pois, afinal, o de julgar era, de alguma forma, nulo, restrito a pronunciar as palavras da lei e encarregado de prestar segurança à integridade da cidadela legalista. O Judiciário era uma instância de caráter autômato, ou seja, atuava como mero mecanismo que aplicaria as normas oriundas das instâncias legislativas, sem expor a sua própria vontade ou ideologia<sup>55</sup>.

Era o reflexo da intervenção sobremodo tímida das constituições no conteúdo do direito vigente, as quais se limitavam a meramente definir um catálogo ainda bastante restrito de direitos individuais destinados a frear a ação estatal, tudo com vistas “a restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo”<sup>56</sup>. O seu papel era o de contornar um paradoxo essencialmente dramático, que consistia na limitação da soberania popular em nome da própria soberania popular, pois “nem mesmo um regime democrático está imune ao abuso do poder”<sup>57</sup>.

O método básico de governo em um regime democrático está assentado no princípio majoritário, isto é, a maioria governa. E maiorias também podem ser opressoras e perversas. Assim, a concepção minimalista tentava, ainda que timidamente, adequar o sistema político fundado na soberania popular à pretensão do constitucionalismo de funcionar como uma trincheira de resistência jurídica ao uso opressivo do poder por maiorias eventuais, concebida em uma época em que o Estado estava nas mãos rígidas de monarcas absolutos ou oligarquias nobiliárquicas.

Os princípios da democracia e do liberalismo, no seu cerne, não são idênticos, tanto que existe até mesmo um certo antagonismo entre eles, já que, para o primeiro, a soberania popular seria (ou deveria ser) irrestrita, enquanto que, para o segundo, é imprescindível que haja uma contenção do poder governamental e, por consequência, do próprio poder democrático, em prol da liberdade dos cidadãos<sup>58</sup>. Por conta disso, conforme preceitua Kelsen, a democracia moderna não pode estar desvinculada do liberalismo político, na medida em que o antídoto para os perigos

---

<sup>55</sup> Montesquieu (2000), p. 172

<sup>56</sup> Kelsen, H. (1993), p. 142-143

<sup>57</sup> Mello, C.A. (2003), p. 15

<sup>58</sup> Kelsen, H. (1993), p. 143

da prevalência da soberania popular está na própria coluna-mestra das concepções liberais, que congregam a democracia com a proteção das liberdades e direitos individuais fundamentais<sup>59</sup>.

Ao menos no liberalismo político de Kelsen, portanto, o princípio constitucionalista, de limitação do governo pelas liberdades individuais, não estaria fundado na soberania popular, mas representaria um limite à sua extensão, legitimando inclusive uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na moldura do Estado. Apesar disso, da sua obra não se pode concluir tenha o autor procurado garantir qualquer função de destaque da Constituição ou da jurisdição constitucional na organização do sistema proposto. Ao contrário do que se poderia esperar, também em Kelsen, a Constituição ocupa função estritamente macroestrutural na ordem jurídica descrita, o que, de certa forma, revela a força do argumento democrático no período de hegemonia política, jurídica e ideológica do positivismo legal, em que o legislador, volto a dizer, era o legítimo e plenipotenciário representante da soberania popular<sup>60</sup>.

Essa visão inicial acerca das atribuições de cada um dos poderes do Estado, retratada de maneira enfática na Constituição francesa de 1791, entretanto, logo se mostrou insuficiente para solucionar as demandas sociais, uma vez que o direito codificado não atingiu sua pretensão de trazer uma resposta célere e adequada a todo e qualquer conflito travado no seio da comunidade, especialmente no que concerne às *minorias permanentes*. Além disso, a queda em sucessão dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do parlamentarismo (em que é inerente a proximidade do Executivo e do Legislativo), enfraqueceu a ideia de que a proclamação da separação de poderes seria meio suficiente para a defesa das liberdades. Era necessário, pois, que se estabelecesse uma atuação estatal mais ativa para a consagração de uma igualdade substancial, estribada na garantia de direitos sociais (direitos humanos de segunda dimensão).

---

<sup>59</sup> Kelsen, H. (1993), p. 183-184

<sup>60</sup> Mello, C.A. (2003), p. 15

## b) O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)

Efeito imediato da modernidade, a colocação do indivíduo no centro da organização política tinha por trás de si um propósito inegável: a ascensão da burguesia e a sua sobressalente necessidade de revolucionar os instrumentos de produção, e, com eles, as próprias relações de produção e todas as relações sociais<sup>61</sup>. A burguesia clamava por liberdade, e sua influência era tanta que, apesar de concebido com base em uma pauta racionalmente estruturada em princípios de alcance universal, o Estado constitucional do século XIX exibiu-se também como um Estado burguês, imbricado ou identificado com valores e interesses da burguesia, que conquistou, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico.

A Revolução Francesa de 1789 foi o triunfo do terceiro estado, da grande massa da nação empenhada na produção e no comércio, sobre o clero, a nobreza e as classes sociais até então privilegiadas. Isso é inegável. Mas a vitória do terceiro estado logo se desmascarou como vitória exclusiva da camada da população socialmente privilegiada, a burguesia proprietária, que, ao repelir a intervenção do Estado na economia, rapidamente assumiu o controle dos meios de produção<sup>62</sup>.

A ascensão da burguesia e a busca incessante pelo lucro desencadearam um rápido crescimento econômico do Estado. Também rapidamente, entretanto, tudo que o liberalismo havia prometido ao povo redundou em conquistas e privilégios apenas das classes dominantes, e as injustiças sociais se acirraram, colocando em xeque todo o arcabouço teórico que sustentava a não intervenção do Estado nas relações econômicas e de trabalho.

A concepção liberal, de valorização do indivíduo e absenteísmo do Estado, logo levou à concentração de renda e à exclusão social, fazendo com que os poderes públicos fossem incisivamente chamados a atuar para evitar abusos e limitar o poder econômico. O impulso dialético da modernidade, ironicamente, terminou voltando-se contra seu agente primitivo: a burguesia.

---

<sup>61</sup> Berman, M. (1986), p. 219

<sup>62</sup> Miranda, J. (2003), p. 47

O fato básico da vida moderna, conforme a vê Karl Marx, é que ela é radicalmente dinâmica e contraditória na sua base:

“De um lado, tiveram acesso à vida forças industriais e científicas que nenhuma época anterior, na história da humanidade, chegara a suspeitar. De outro lado, estamos diante de sintomas de decadência que ultrapassam em muito os horrores dos últimos tempos do Império Romano. Em nossos dias, tudo parece estar impregnado do seu contrário. O maquinado, dotado do maravilhoso poder de amenizar e aperfeiçoar o trabalho humano, só faz, como se observa, sacrificá-lo e sobrecarregá-lo. As mais avançadas fontes de saúde, graças a uma misteriosa distorção, tornaram-se fontes de penúria. As conquistas da arte parecem ter sido conseguidas com a perda do caráter. Na mesma instância em que a humanidade domina a natureza, o homem parece escravizar-se a outros homens ou à sua própria infâmia. Até a pura luz da ciência parece incapaz de brilhar senão no escuro pano de fundo da ignorância. Todas as nossas invenções e progressos parecem dotar de vida intelectual às forças materiais, estupidificando a vida humana ao nível da força material.”<sup>63</sup>

E essa permanente contradição, reforçada pelas misérias e mistérios que a circundam, instila o desespero na mente dos modernos, de tal modo que a dinâmica revolucionária que a partir de então emerge com o fito de destronar a burguesia brota senão dos mais profundos anelos e necessidades dessa mesma burguesia.

As classes dirigentes do movimento reacionário que desencadeou as revoluções liberais, ao assumirem o poder, pregaram ao mundo que, com a derrocada do Estado absolutista, tudo estaria sólido outra vez. Não era claro, contudo, se eles próprios acreditavam nisso.

Marcada por uma revolução ininterrupta da produção, com uma contínua perturbação de todas as relações sociais e a interminável incerteza e agitação, a “era da burguesia” difere-se de todas as anteriores. O dinamismo era tanto que “todas as relações fixas, enrijecidas, com seu travo de antiguidade e veneráveis preconceitos e opiniões, foram banidas”; todas as novas relações se tornavam antiquadas antes que chegassem a se ossificar. Com uma fluidez devastadora, tudo que era sólido rapidamente se desmanchava no ar, e os homens finalmente eram levados a enfrentar as verdadeiras condições de suas vidas e suas relações com os seus pares<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Tucker, R.C. (1978), p. 577-578

<sup>64</sup> Tucker, R.C. (1978), p. 475-476

Em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels escrevem o *Manifesto do Partido Comunista*, retratando o assombroso desenvolvimento da burguesia e a sua luta contra o proletariado emergente, que germinou em seu próprio bojo. Ao Manifesto Comunista, tido como a primeira grande obra de arte modernista, outros tantos manifestos se seguiram, exaltando as multidões, o trabalho e a modernidade. Eles mantiveram viva a luta daqueles que buscavam acabar com as relações estritamente monetárias e despidas de qualquer caráter humanitário que a burguesia havia imposto.

A partir daí, muitas estradas se descortinaram. E, com a convergência das lutas populares por direitos sociais (especialmente na área da proteção ao trabalho) e a expansão da ideologia marxista, que ecoava de forma cada vez mais aguda, o Estado liberal, pressentindo o perigo, sensibiliza-se e socializa-se, deflagrando o início da era da consagração dos direitos sociais, em que o Estado promove a *sobrejuridificação* das relações populares, inclusive no campo das omissões inconstitucionais, ganhando destaque nessa passagem a revolucionária Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919<sup>65</sup>.

O vendaval político-doutrinário que açoitava o Estado constitucional do liberalismo acabou por convelir os alicerces do Estado de direito de inspiração individualista e burguês<sup>66</sup>. Despontou, então, para apaziguar os ânimos reivindicatórios dos operários (tidos por Marx como os *homens de vanguarda*, os homens legitimamente modernos), a proposta de um modelo de Estado constitucional em que o teor social das instituições se tornava a nota mais predominante de sua caracterização.

As novas constituições, dualistas na consecução do seu objetivo de promover tanto o desenvolvimento econômico como o bem-estar social, passam a configurar uma nova versão do Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. Inaugura-se a fase dirigente do Estado constitucional, através da fixação de promessas em geral bastante ambiciosas, porém, adiando-o de logo, dificilmente concretizáveis.

---

<sup>65</sup> Santos, B.S. (1996), p. 24-27

<sup>66</sup> Bonavides, P. (2004), p. 43



A passagem do antigo para o novo Estado marcava, por igual, o começo de uma nova etapa do constitucionalismo, derivada da ruptura dos princípios da legalidade e da legitimidade, que haviam andado “conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio enquanto o Estado Liberal pôde manter incontestável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes”<sup>67</sup>. A união dos dois princípios cedo se desfez na esfera teórica pela ação corrosiva das ideias invasoras e da nova mensagem de valores levada à sociedade por ideologias que soavam estranhas e antagônicas ao estamento burguês. Rompidas a aliança e a suposta identidade entre ditos princípios, a legalidade passou, na escala de normatividade jurídica, a ocupar lugar secundário, subordinando-se à nova legitimidade, que, traduzida em princípios, subiu ao ápice da hierarquia normativa nos ordenamentos constitucionais.

Quando se analisa a substância dessa segunda forma de Estado constitucional aqui trabalhada, facilmente se verifica que ela não gira em torno de formalismos e abstrações inócuas (ao menos não é isso que pretende). Seu ponto de apoio e traço de identidade é o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade, é dizer, faz-se e estende-se na exata medida da concreção de tais direitos por meio da realização de programas socioeconômicos estampados na Carta Maior.

Enquanto prevalentes como única constante na caracterização do Estado moderno os direitos de primeira dimensão, a lei era tudo. Porém, quando se inaugura a nova era constitucional dos direitos sociais, a legitimidade, e não a lei, faz-se verdadeiro paradigma dos estatutos fundamentais, funcionando como regra vetora da observância a princípios e valores supremos insculpidos na Constituição.

Atento a esse caráter aparentemente generoso das constituições, o Estado-polícia (*Nightwatcher*) abre lugar ao Estado-providência (*Welfare State*) – ou, ao menos, ao Estado desenvolvimentista, se visto na sua versão terceiro-mundista –, permitindo com que se verifique uma divisão clara entre o papel interventivo contemporâneo, vinculado à ideia de função social, e aquele assistencialista, antes realizado. Observa-se à passagem histórica do Estado liberal ao Estado social, e, conseqüentemente, à “metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia,

---

<sup>67</sup> Bonavides, P. (2004), p. 43

Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva”<sup>68</sup>.

O primeiro dos pressupostos teóricos do paradigma social é justamente a reação antiliberal e anti-iluminista. A crítica era a de que as promessas do iluminismo, do racionalismo e do liberalismo ficaram restritas ao ambiente formal e abstrato da legalidade dos textos e das declarações de direitos fundamentais, bem como das primeiras constituições escritas e rígidas, que acabaram não realizando as promessas sociais que as embasaram. Havia, pois, uma contradição muito grande entre o entusiasmo e o romantismo dos textos, que tratavam o indivíduo como livre e autônomo, e a trágica realidade, marcada pela miséria e total ausência de proteção social.

Daí o surgimento de concepções socialistas e materialistas de Constituição, que vão dar maior relevo para o homem concreto, e não para os indivíduos das belas declarações de direitos. Desencadeia-se, sobretudo a partir de movimentos reacionários que vão desde o socialismo utópico até o socialismo científico, uma forte crítica ao paradigma liberal, destinada a alterar a própria relação política da comunidade. O foco central, veja-se, é o resgate de princípios comunitaristas de compartilhamento.

Nesse cenário, inclusive Hans Kelsen, em conferência realizada em 1928, no Instituto Internacional de Direito Público, publicada no mesmo ano sob o título *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, na *Revue de Droit Public e Science Politique*, expôs um conceito surpreendentemente avançado de Constituição, muito mais ousado do que aquele definido em sua *Teoria Pura do Direito*. Para ele, agora, a Constituição deixaria de ser mera regra de procedimento, convertendo-se também em uma regra de fundo, a permitir o controle da constitucionalidade material das leis pelo Judiciário<sup>69</sup>.

Com o Estado a garantir que as condições materiais de vida fossem acessíveis a qualquer um, as preocupações voltam-se menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos

---

<sup>68</sup> Cunha Jr., D. (2015), p. 34

<sup>69</sup> Mello, C.A. (2003), p. 16

ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. O binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, o pedestal do Estado constitucional dos direitos fundamentais<sup>70</sup>.

A transformação no viés intervencionista do Estado moderno, além disso, o faz assumir responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto econômico, ao invés de exercer pura e simplesmente poderes gerais de legislação e polícia. A regulamentação, em especial a da denominada genericamente *questão social*, envolvendo temas mediata e imediatamente atrelados ao processo produtivo (relação de trabalho, previdência, saneamento, saúde e educação), define os traços característicos do Estado de bem-estar coletivo, ou seja, o seu papel interventivo e promocional. Com isso, vê-se uma generalização das constituições e o enriquecimento do seu conteúdo, bem assim o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos de interesse e do papel político que procuram desempenhar, o crescimento da função administrativa e, em um primeiro momento, o realçar do Poder Executivo em detrimento do Parlamento.

Após estremecidas suas bases com discursos coletivistas fervorosos de expoentes como Marx e Engels, o sistema capitalista parece encontrar então um novo ponto de equilíbrio, e, sem abdicar de seus postulados básicos (a livre concorrência e o lucro), introduz a agenda social no seu interior. Já o direito, protetor e repressivo, converte-se em um direito promocional; a justiça comutativa, em justiça distributiva<sup>71</sup>. A luz do poder, agora, volta-se para aquele de quem se espera o rápido cumprimento dos programas constitucionais: o Executivo, a quem é atribuída a chamada “capacidade normativa de conjuntura”<sup>72</sup>, isto é, a capacidade de legislar em matéria econômica, de forma casuística, além, é claro, do dever de implementar políticas públicas de proteção social.

A interpretação jurídica sai do positivismo estreito e experimenta o realismo e o decisionismo, com a substancial interferência de fatores metajurídicos na definição

---

<sup>70</sup> Bonavides, P. (2004), p. 42

<sup>71</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 50

<sup>72</sup> Scaff, F.F. (1990)

do significado das normas. O legalismo e o formalismo entram em crise, e levam à revisão da própria teoria do Direito Constitucional.

As normas não são mais aquelas advindas exclusivamente das casas legislativas, mas outras fontes ganham espaço na aplicação do direito vigente, que passa a aceitar em sua estrutura formas de proteção das garantias fundamentais do cidadão construídas no próprio corpo social. Os tribunais, pouco a pouco, passam a coadjuvar na implantação dos programas sociais constitucionalmente previstos, dando o acabamento necessário a normas de textura aberta e colocando-se, por isso, na condição de legisladores implícitos, com possibilidade de aplicação dos costumes e da equidade na solução dos litígios<sup>73</sup>.

Conforme bem elucida Norberto Bobbio, estrutura-se, nesse cenário, uma verdadeira antítese do Estado liberal, com ascensão de um Estado essencialmente paternalista, que toma conta dos seus súditos como se fossem “eternos menores de idade”<sup>74</sup>. É a era da igualdade restringindo a própria liberdade do indivíduo, com a despolitização e a privatização de toda a esfera não estatal.

A democracia, cujo espaço passou a se restringir ao Estado e à política por ele então sintetizada, pode expandir-se<sup>75</sup>. O abandono do positivismo estreito leva à ampliação do princípio democrático, nomeadamente porque, como enuncia Castoriadis, uma sociedade realmente justa não é aquela que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas, mas aquela em que a questão de justiça permanece constantemente aberta<sup>76</sup>. E não é possível falar em democracia em meio a indicadores socioeconômicos que apontem para a linha da miséria, como ocorrera sobretudo na fase final do liberalismo, sendo a justiça social condição de processabilidade do mecanismo democrático<sup>77</sup>.

Premido por tais circunstâncias históricas e pela coincidente presença de líderes extremamente carismáticos, vale referir que o Estado social teve ainda o seu

---

<sup>73</sup> Vianna, L.W. “et al” (1999), p. 21

<sup>74</sup> Bobbio, N. (1997), p. 121

<sup>75</sup> Santos, B.S. (1998), p. 14

<sup>76</sup> Castoriadis, C. (1993)

<sup>77</sup> Streck, L.L. & J.L.B. Moraes (2006), p. 113

espectro intervencionista potencializado em alguns países, gerando uma variante antidemocrática e opressora<sup>78</sup>. Trata-se do chamado Estado totalitário, que, marcado pelo monopólio da interpretação da vontade popular por um único líder ou partido, assume todo o poder na sociedade e identifica a liberdade humana com a prossecução dos seus fins, tornando os tribunais palcos de existência meramente simbólica, onde os artistas exibem-se para uma plateia totalmente apática e insensível aos seus discursos e deliberações. Com características autoritaristas, entretanto, essa variante do Estado social pouco conseguiu esconder sua face autocrática, revelando-se um mero Estado de não direito<sup>79</sup>.

De outro lado, mesmo na sua versão democrática, o Estado social não conseguiu se sustentar na forma como pretendia, incorrendo, guardadas as suas proporções, nos mesmos erros cometidos pelo Estado absolutista: hipertrofiou o aparelho burocrático, limitou a liberdade dos indivíduos e não se mostrou diligente na condução da economia. Dessa forma, conforme já aqui antecipei, os direitos fundamentais, que passaram a formar a base material constitutiva do Estado recém-levantado, não conseguiram passar de mera abstração, nada (ou quase nada) acrescentando à sua dimensão subjetiva.

Nessa conjuntura teórica, portanto, havia, em termos constitucionais, um Estado social também abstrato, o que, aliado aos avanços tecnológicos, ao agigantamento da concorrência industrial e comercial e, por fim, à dissipação do fantasma do socialismo, simbolicamente representada pela queda do muro de Berlim, levou à formação de uma nova fórmula (ora vigente e em evolução) de Estado. Trata-se, segundo Paulo Bonavides, do “mais persuasivo salto de qualidade na evolução do Estado Moderno”<sup>80</sup>, cujo substrato encontra-se nos direitos fundamentais, na justiça e nos princípios jurídicos.

---

<sup>78</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 50

<sup>79</sup> Canotilho, J.J. (1999), p. 12-16

<sup>80</sup> Bonavides, P. (2004), p. 46

### c) O Estado Democrático de Direito

Surge, então, um Estado que congrega características do Estado liberal e do Estado social, remodelando-as de modo a, através da abertura de espaços institucionais para a construção de uma efetiva e ativa cidadania, conceber uma sociedade organizada em torno de grandes princípios e objetivos condensados em um texto normativo que figura, ao mesmo tempo, como norma e como fundamento de todas as demais normas do sistema. Dentre esses princípios, enfatiza o pluralismo, tanto político, indispensável ao desenvolvimento democrático, como jurídico, sendo, por isso, intitulado por muitos de Estado democrático de direito<sup>81</sup> (ou Estado material de direito<sup>82</sup>).

O novo Estado conhece prioridades inéditas e passa a ser tendencialmente inclusivo, na medida em que os movimentos sociais e suas reivindicações materiais (habitação, saúde e educação) e pós-materiais (defesa do meio-ambiente e proteção às minorias) começam a ser ouvidas e a influenciar os rumos da legislação e da administração. Finalmente, o Estado começa a levar às últimas consequências, em proveito do povo e da cidadania, concretamente dimensionados, os direitos da justiça, mediante um constitucionalismo de normas indistintamente designadas como princípios.

Na realidade, o constitucionalismo que resulta da positivação dos princípios e valores fundamentais da sociedade e da sua compreensão como limites e vínculos substanciais ao legislador corresponde a uma revolução em relação ao paradigma positivista de Direito, centralizado no princípio da legalidade formal como expressão direta da soberania popular, que, ainda no Estado liberal, manifestava-se como onipotência parlamentar. Luigi Ferrajoli, aliás, ao se debruçar sobre as características do constitucionalismo moderno, assevera que o direito e o Estado contemporâneos estruturam-se sobre o que ele denomina de *paradigma constitucional*, no qual o princípio da soberania popular e a regra da maioria subordinam-se aos princípios fundamentais expressos no corpo da Constituição, os

---

<sup>81</sup> Bobbio, N. (1997), p. 23

<sup>82</sup> Canotilho, J.J. (1999), p. 52

quais atuariam como verdadeiros vínculos substanciais impostos tanto às decisões das maiorias políticas, como ao livre mercado<sup>83</sup>. Como diz o autor:

“Em suma, dentro de um Estado constitucional de direito, a relação entre política e direito é de recíproca correspondência: não é mais somente o Direito a ser subordinado à política enquanto seu produto e instrumento, mas é outrossim a política que é por sua vez subordinada ao direito enquanto seu instrumento, estando as suas escolhas vinculadas aos princípios constitucionais e supra-ordenadas normativamente.”<sup>84</sup>

Com isso, a justiça constitucional, em que, *a priori*, viam-se escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por um espectro cada vez mais abrangente de mecanismos de censura dos atos que a desrespeitam<sup>85</sup>. A sociedade contemporânea, múltipla, complexa e pluralista, não só impetra a jurisdição constitucional, regulatória do equilíbrio e harmonia das heterogeneidades sociais, como faz imperativos o primado e a supremacia dos princípios sobre as regras, das constituições sobre os códigos, da legitimidade sobre a legalidade, da hermenêutica sobre a dogmática e, ao menos em tese, da justiça sobre a vontade e a política dos governantes.

A expansão da cidadania torna ainda mais dramática a influência do Judiciário, que ganha maior espaço como canal de veiculação das postulações concretizadoras das promessas constitucionais, mesmo após incisivos debates entre as diferentes concepções a respeito de quem teria efetiva legitimidade para atuar no papel de guardião da Constituição e das suas diretrizes<sup>86</sup>. Nesse embate, cumpre referir, foram significativas as contribuições especialmente de Hans Kelsen e de Carl Schmitt, as quais merecem aqui uma breve referência.

Em linhas gerais, para Kelsen, a Constituição é normativa, é o aparato jurídico formal produzido pelo poder constituinte originário em um texto essencialmente jurídico. Desse modo – por se tratar de um documento jurídico –, o seu guardião mais adequado haveria de ser um órgão de cunho jurisdicional. Sob esse viés, na

---

<sup>83</sup> Ferrajoli, L. (2001), p. 19-20

<sup>84</sup> Ferrajoli, L. (2001), p. 149

<sup>85</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 41

<sup>86</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 52

construção de sua teoria, Kelsen chega à conclusão da necessidade de criação de uma Corte Constitucional, apresentado um modelo que teve no Tribunal Constitucional Alemão a estrutura orgânico-funcional que posteriormente se reproduziria nos demais sistemas jurídicos como uma das principais formas de jurisdição constitucional.

Na contramão desse entendimento, Carl Schmitt acalora o debate enfatizando sobretudo que, como a Constituição não é mero texto jurídico, mas compõe a decisão política fundamental da organização social, só quem seria capaz de protegê-la seria um órgão estatal de cunho eminentemente político. Se a Constituição é fruto de uma decisão política, só quem saberia melhor assegurar a efetividade das suas proposições seria, portanto, o poder Executivo.

Uma certa proximidade do autor alemão com o regime nazista da época, contudo, gerou um forte preconceito contra a sua teoria, sendo ela diretamente associada ao regime nazista, já que incentivadora de um fortalecimento do Executivo, responsável por todo o decisionismo político atrelado ao Estado. Com isso, no geral, a sua profecia não se realizou, e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou para mundo com grande sucesso. Do embate travado, pois, ganhou força a ideia de que o guarda maior da Constituição haveria de ser o Poder Judiciário, disseminando-se, nas próprias constituições ocidentais, previsões acerca da existência de tribunais superiores capazes de resguardar a integridade das disposições maiores de uma comunidade, principalmente mediante o controle de constitucionalidade de atos exarados pelos outros poderes do Estado.

Mesmo com essa primeira “vitória” do Judiciário, todavia, não se poderia esperar que os doutrinadores colocassem uma verdadeira “pá de cal” sobre o assunto. Na realidade, o que se viu foi justamente o contrário, e a polêmica, talvez mais fértil hoje pelo crescimento da importância do papel institucional dos tribunais no campo político-constitucional, cujas raízes deitam exatamente sobre os primeiros postulados acerca da separação de poderes, ainda é latente. Afinal, como conciliar o Estado democrático, guiado fundamentalmente pelas determinações da maioria, e o Estado de direito, estruturado sobre normas e princípios às vezes colidentes com a vontade dessa mesma maioria?



Não é por outra razão, aliás, que a teoria constitucional e a própria hermenêutica jurídica têm evoluído de forma acentuada ao longo dos séculos, de tal modo que, ao transpor os paradigmas liberal, social e democrático, pretendem ainda chegar a uma compreensão acerca do Judiciário e das suas funções políticas no Estado democrático de direito. Na realidade, superados de vez os períodos de supremacia do Parlamento e do Executivo, fala-se hoje em um momento do constitucionalismo (*neoconstitucionalismo*) fortemente marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos.

A Constituição, hoje garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade nela expressos, caracteriza-se pela absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, tudo isso sem descuidar da ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. Ela já não se limita a fixar as barreiras de atuação dos demais poderes do Estado, por meio da liberdade civil, ou a organizar a articulação das barreiras de contenção da formação política da vontade e do exercício do domínio, mas se converte em positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comunidade, fomentando a jurisdição constitucional.

Como é intuitivo, o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como se atribui à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Lei Maior, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.

Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham *vinculatividade jurídica* e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais. O problema, entretanto, é que esses nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios objetivos de fundamentação, preestabelecidos no próprio sistema jurídico, ou de habilitação necessária para decidir determinadas questões, especialmente aquelas que importem efeitos imprevisíveis e indesejáveis, transcendendo a justiça do caso concreto (*microjustiça*)<sup>87</sup>. E é precisamente aqui

---

<sup>87</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 47

que reside a importância do presente estudo, posto que, mesmo ao solucionar conflitos políticos, o Judiciário atua fazendo uso da linguagem do direito, isto é, por meio da interpretação dos dispositivos legais, fator esse que pode esconder certo subjetivismo e voluntarismo do intérprete, refletindo uma crise de legitimidade e de capacidade institucional do Judiciário na produção normativa e na aplicação daquilo que seria o justo, bem como acirrando os atritos entre a judicialização da política, o ativismo judicial e o princípio democrático<sup>88</sup>.

## 2.2 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO (*JUDICIARY LAW*)

Antes de adentrar em temas alusivos à judicialização da política, ao ativismo judicial e à legitimidade democrática do Poder Judiciário no julgamento das questões políticas, todavia, convém antes retroceder um pouco na história, a fim de estabelecer algumas das causas que levaram ao efetivo protagonismo do Judiciário no Estado constitucional de direito. E inicio essa jornada justamente pelos Estados Unidos pós Revolução de 1776, em que o princípio da separação de poderes moldado por Montesquieu encontrou uma conjuntura histórica extremamente favorável ao seu desenvolvimento, possibilitando a estruturação de um sistema político ainda mais equilibrado, com numerosos e consistentes mecanismos recíprocos de freios e contrapesos.

Na América, ao contrário do que aconteceu na Europa na mesma época, a preocupação maior não era com o Poder Executivo. Ele não era o adversário temido, ao menos não como foram os monarcas do final do absolutismo. O perigo que assustava era justamente o da extensão desmensurada do Legislativo, o que abriu caminho, desde o início, para um papel mais ativo do Poder Judiciário.

Na República norte-americana, em que os dois poderes fundamentais do Estado precediam da mesma fonte de legitimidade – o voto popular –, abriu-se margem à discussão de outro problema, que só chegou à Europa em momento posterior: a questão da proteção das minorias. Percebeu-se, enfim, que “a manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a

---

<sup>88</sup> Kelsen, H. (2011), p. 150

sociedade em face do Estado, como também a proteção das minorias contra um eventual abuso democrático”<sup>89</sup>. E, para isso, chegou-se logo à conclusão da necessidade de estruturação e delimitação das formas de atuação do Estado através de um documento vinculante, insuscetível de ser alterado por maiorias transitórias e por ideologias oscilantes na direção da máquina estatal.

Tudo isso colaborou para que se encontrasse, desde cedo, um valor jurídico único na Constituição, que passou a ser tratada como instrumento de submissão dos poderes a limites previamente definidos e bem articulados no texto maior. Tornou-se viável, assim, a ideia da supremacia da Constituição sobre as leis, ideia balizadora da primazia do poder constituinte originário sobre os poderes por ele constituídos.

#### a) A Supremacia da Constituição e o Papel do Judiciário como Guardião da Ordem Constitucional

A concepção de Constituição como norma suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis, pois somente se afigura possível falar em efetiva supremacia da Constituição quando possível extirpar do ordenamento jurídico normas editadas em contradição aos seus preceitos básicos<sup>90</sup>. O Poder Judiciário, nesse contexto, pode desenvolver-se, já naquela altura, com maior ênfase à função de guardião da Constituição, de forma a assegurar a vontade do poder constituinte originário, inclusive através da decretação de invalidade dos atos administrativos.

De um lado, a magistratura norte-americana era um corpo novo, sem um grau visível de comprometimento com os diversos setores sociais, políticos e econômicos que emergiam com a estruturação de um novo país, não atraindo a mesma desconfiança que tão caro custou ao Judiciário europeu (especialmente o francês), que surgiu fortemente influenciado pelas concepções de Montesquieu. De outra banda, a hipertrofia dos parlamentos estaduais, ainda no período pré-constitucional, foi tamanha que exigiu um realinhamento de poderes que não só se contentasse em

---

<sup>89</sup> Valdés, R.B. (1998), p. 116-117

<sup>90</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 42

reduzir a força do Legislativo, mas também ampliasse o relevo das demais esferas de governo<sup>91</sup>.

Para completar, segundo destacam Hamilton, Madison e Jay, o Judiciário norte-americano da época, pela natureza das suas funções, era o “menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”. Para eles, o Judiciário não teria força nem vontade, mas tão somente *juízo*, ficando, por isso, na dependência do auxílio do Executivo até mesmo no que tange à eficácia dos seus decisórios<sup>92</sup>.

Menos receosos acerca dos impasses institucionais ou cotidianos na interpretação de regras e leis, os federalistas, que haviam inspirado fortemente a revolução liberal nos Estados Unidos, inverteram o paradigma do juiz ventríloquo propagado por Montesquieu. Para eles, eram as leis os seres inanimados, sendo os juízes responsáveis por lhes dar vida. Mais do que a simples subsunção legal, assim, autorizava-se que os tribunais, sempre que necessário, mitigassem a severidade e restringissem os efeitos da lei e decretassem a invalidade dos atos judiciais<sup>93</sup>.

O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável às soluções das querelas sociais, nesse contexto, foi fator decisivo para o desenvolvimento da doutrina da *judicial review*, em ordem a afastar do ordenamento jurídico normas contrárias ao texto constitucional ou aos seus valores primordiais. O constitucionalismo moderno ganhava, assim, um dos seus elementos mais característicos, com antecipação do que viria a ocorrer mais tarde nos outros continentes<sup>94</sup>.

Mas a doutrina da *judicial review* não ingressou na história do constitucionalismo norte-americano tão rapidamente quanto se possa supor. Embora os *Founding Fathers* já tinham como pacífica a possibilidade de o Judiciário recusar a aplicação de normas contrárias à Constituição, a revisão judicial não chegou a ser

---

<sup>91</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 58

<sup>92</sup> Hamilton, A., J. Madison & L. Jay (1973), p. 479

<sup>93</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 60

<sup>94</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 43

prevista de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos da América, dando azo a intensos debates sobre a matéria, principalmente em âmbito jurisprudencial. O controle jurisdicional de constitucionalidade, com isso, acabou ganhando seus traços mais significativos por obra de uma construção pretoriana que se estendeu ao longo dos séculos XIX e XX, e ainda é latente na atualidade.

De forma gradual e calculada, a semente do controle difuso de constitucionalidade foi lançada no cenário institucional norte-americano, e acabou por germinar no famoso caso *Marbury vs. Madison*, ainda em 1803. O caso, como adiante se verá, bem denota o papel atribuído à Suprema Corte dos Estados Unidos, além do seu imenso poder político<sup>95</sup>. Além disso, evidencia, se não o próprio nascimento do constitucionalismo moderno, o seu mais importante e influente marco histórico de afirmação institucional.

Os países que não acolheram a doutrina da *judicial review* dificilmente sustentaram ou sustentam um regime constitucional. Existem, claro, exceções, como a Inglaterra, que não possui sistema de jurisdição constitucional, mas essa é uma exceção provavelmente impensável em outros contextos<sup>96</sup>.

O fundamento político-filosófico da jurisdição constitucional consiste exatamente na supremacia da Constituição, e essa associação tem estado presente em todos os discursos (ou na esmagadora maioria deles) acerca da legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos desde a decisão de 1803, que inaugura também a batalha, ainda na esfera judicial, pela definição dos limites de atuação dos tribunais em questões, a princípio, reservadas à competência e à descrição de outros órgãos políticos, mais tarde batizada de *political questions doctrine*.

De fato, a mesma decisão que abre caminho para o controle judicial de constitucionalidade das leis tinha como plano fundo o intrincado tema das *political questions*. Relembrando, no caso *Marbury vs. Madison*, o autor (Marbury), que havia sido nomeado Juiz de Paz pelo então Presidente Adams nas últimas semanas do seu mandato, recorre à Suprema Corte com o escopo de invalidar a contraordem

---

<sup>95</sup> Tocqueville, A. (1998), p. 111-113

<sup>96</sup> Mello, C.A. (2003), p. 99

expedida pelo então secretário de Estado (Madison) do novo Presidente (Thomas Jefferson) e, assim, assegurar a assunção do cargo. O objeto central do requerimento formulado à Suprema Corte era a posse de Marbury, não havendo, na espécie, nenhuma referência a aspectos de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da medida<sup>97</sup>.

Todavia, o relator do caso, o *Chief Justice* John Marshall (também recém nomeado pelo Presidente Adams), invertendo a ordem tecnicamente mais adequada para o exame da matéria, reconheceu o erro de conduta do Poder Executivo, que não poderia mais revogar a nomeação; porém, de ofício, declarou a inconstitucionalidade da lei regulamentadora do *writ of mandamus* adotado por Marbury para o acesso à Suprema Corte, por atribuir-lhe uma competência originária não contemplada na Carta de 1787. E, inconstitucional a lei, careceria a Corte de competência para o caso, motivo que justificou a denegação da ordem postulada, em que pese a total procedência do pedido.

O caso agitou perigosamente o novo cenário político norte-americano. O Presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à prática do ato desejado por Marbury. O secretário Madison, em afronta ao Tribunal, sequer apresentou defesa. Foi nesse clima de beligerância que, em 1803, a Suprema Corte afirmou, pela vez primeira, o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional, bem assim a superioridade da sua interpretação da Constituição, deitando as bases da *judicial review*<sup>98</sup>.

E essa proclamação da força do Judiciário somente não provocou reações incendiárias em seu desfavor por conta da habilidade com que foi concatenada. Ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*, o *Chief Justice* Marshall, mesmo que tenha proferido um juízo de valor em favor de Marbury, não compeliu o Executivo a nomeá-lo ao cargo pretendido, e o Governo não teve motivos para se rebelar. Com isso, amenizou os ânimos para, então, afirmar, sem provocar retaliações, a autoridade do Judiciário, superior à do Legislativo e à do Executivo, em temas envolvendo a interpretação e a aplicação da Constituição.

---

<sup>97</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 44

<sup>98</sup> Mendes, G.F. & P.G.G. Branco (2014), p. 45

A dimensão política dessa decisão pode ser visualizada em ao menos dois níveis. Primeiro, o maior destaque deve-se ao mérito de, inovadoramente, um tribunal de notória influência e de suma importância no cenário jurídico mundial reconhecer e anular uma lei inconstitucional, advertindo o Parlamento quanto à impossibilidade de se estabelecer normas regulamentares para além dos limites postos pela própria Constituição. Segundo, tem-se na aludida decisão uma verdadeira preocupação em delimitar as fronteiras entre as questões judiciais e as questões políticas, transparecendo do voto de Marshall conexões entre o cunho político do problema posto, a discricionariedade administrativa e a lesividade de direitos individuais, conexões essas que viriam repercutir decisivamente sobre toda a doutrina mundial acerca do tema<sup>99</sup>.

b) A Doutrina das Questões Políticas e o Embate entre as Correntes Interpretativistas e Não-interpretativistas da Constituição

A doutrina das questões políticas é, como dito anteriormente, uma construção doutrinária do constitucionalismo liberal para justificar a autolimitação judicial. Desenvolvida no direito constitucional norte-americano e importada, com diferentes gradações, para diversos outros sistemas constitucionais, ela impõe nítida limitação temática ao exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

A doutrina supõe que existem determinadas questões constitucionais cuja natureza é essencialmente política. Por isso, as decisões e escolhas exigidas no trato dessas questões deveriam ser reservadas a órgãos do Estado com competência e legitimidade democrática para a ação política. Além disso, o exercício dessa competência não poderia ser objeto de controle de constitucionalidade, exigindo-se dos tribunais uma postura de autocontenção na prestação da jurisdição constitucional. Sustenta, em suma, que determinadas competências, em determinadas circunstâncias, são totalmente imunes à intervenção jurisdicional.

---

<sup>99</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 68-69

A autocontenção judicial, para Luís Roberto Barroso, é justamente o oposto do ativismo, representando uma conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao máximo sua interferência nas ações dos outros Poderes, restringindo o próprio espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. Enquanto o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a autocontenção impõe que juízes e tribunais evitem aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa; que eles utilizem critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos; ou, ainda, que se abstenham de interferir na definição e no alcance de políticas públicas<sup>100</sup>.

A doutrina norte-americana clássica das questões políticas destacava que era possível extrair do texto, da estrutura e da histórica da Constituição elementos suficientes para determinar a natureza política de algumas matérias insertas no próprio âmago da Constituição, de modo a indicar os casos em que o Judiciário deveria conter-se e respeitar as escolhas feitas pelos órgãos políticos do Estado. Vale dizer, as questões políticas teriam uma natureza própria extraída precisamente da norma constitucional, sem necessidade de apelar para valores ou concepções do intérprete. E foi essa a doutrina acolhida pelo *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*. Segundo ele, pois, “questões, em sua natureza políticas, ou que são, por força da Constituição e das leis, submetidas ao Executivo, jamais podem ser resolvidas nesta corte”<sup>101</sup>.

O predomínio da doutrina clássica na jurisprudência constitucional norte-americana ao longo do século XIX significou uma excepcional reverência ao princípio da divisão de poderes e à soberania popular. Desde *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte só voltou a declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, decisão curiosamente liderada por um dos maiores defensores da autolimitação judicial, o *Chief Justice* Roger Taney, mas que é até hoje considerada como um dos maiores equívocos da história da *judicial review* e um dos estopins da guerra de secessão.

---

<sup>100</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 7

<sup>101</sup> Mello, C.A. (2003), p. 136



No caso *Luther vs. Borden*, julgado alguns anos antes e ainda agora um dos casos mais paradigmáticos de aplicação da *self-restraint theory*, Taney havia afirmado que o tribunal “deveria ser o último a ultrapassar as fronteiras que limitam sua própria jurisdição. E, embora deva estar sempre pronto para apreciar qualquer questão a ele confiada pela Constituição, é igualmente seu dever não ir além da sua esfera apropriada de ação, e tomar cuidado para não se envolver em discussões que pertencem propriamente a outros fóruns”<sup>102</sup>.

Essa concepção inicial da atuação dos tribunais, entretanto, foi sendo gradativamente substituída por outra mais fluida e imprecisa das questões políticas, que exige do intérprete uma interação *prudencial* na tarefa de identificar a natureza do caso constitucional. Adotada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo do século XX, a doutrina prudencial mostrou-se bem mais aberta à revisão judicial das leis, concedendo ao Poder Judiciário muito mais espaço para controlar a adequação das ações do legislador e do administrador à Constituição, transformando a *political question doctrine* em uma mistura de interpretação constitucional e discricionariedade judicial<sup>103</sup>.

Pouco depois, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a *political question doctrine* entrou em declínio. O caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, que julgou pela primeira vez inconstitucionais medidas legais e administrativas de segregação racial, revelou um tribunal disposto a assumir direta e corajosamente a condução de políticas públicas destinadas a tornar eficazes os direitos individuais. Desde então, a postura da Corte Constitucional Suprema é muito mais agressiva no exercício da revisão judicial, denotando uma supremacia do Judiciário em detrimento do princípio da soberania popular.

A evolução jurisprudencial norte-americana que se vislumbrou a partir de então serviu justamente para escancarar o velho debate travado naquele país entre as correntes doutrinárias dos interpretativistas e dos não-interpretativistas. De acordo com a primeira, os juízes, ao interpretarem a Constituição, deveriam limitar-se a captar o sentido dos preceitos nela expressos ou, ao menos, nela claramente implícitos, levando em conta, na aplicação da Constituição, a sua textura semântica

---

<sup>102</sup> Mello, C.A. (2003), p. 137

<sup>103</sup> Mello, C.A. (2003), p. 137

e a vontade do legislador, evitando-se, a toda evidência, que os magistrados, a pretexto de defenderem a Constituição, suprimissem a vontade do poder político democrático. Assim, as leis só poderiam ser declaradas inválidas mediante um processo dedutivo que tivesse como premissa norma claramente identificável na Constituição<sup>104</sup>.

Nas democracias representativas, sustentam os interpretativistas, a criação das normas jurídicas é uma atividade eminentemente política, confiada, por isso, a órgãos legitimados por eleições periódicas. As decisões políticas pertencem ao povo, titular do poder, e não aos juízes, pois escolhidos por critérios alheios à confiança popular<sup>105</sup>.

Os não-interpretativistas, por sua vez, defendiam a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos, em conformidade com o projeto constitucional. Desse modo, por meio dessa postura hermenêutica, buscar-se-ia o sentido substancial da Constituição, a fim de permitir uma atuação judicial embasada em valores como a justiça, a igualdade e a liberdade, e não apenas no respeito ao princípio democrático. Enxerga-se no texto constitucional, em sentido material, outros valores além dos enunciados, que expressam princípios jurídicos abertos e indeterminados e permitem o exercício da opção entre a concretização de tais princípios e a renúncia ao desejo de vivenciar a Constituição<sup>106</sup>.

Para a corrente não-interpretativista, esse seria o segredo da sobrevivência da Constituição norte-americana: a mediação criadora dos tribunais, que “confere ao judiciário um protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes, partindo do pressuposto que este poder, em geral, seria mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade”<sup>107</sup>. E é embasada nessas premissas que se abre caminho ao crescimento do denominado ativismo judicial.

---

<sup>104</sup> Canotilho, J.J. (2003), p. 1179

<sup>105</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 77

<sup>106</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 77

<sup>107</sup> Novelino, M. (2012), p. 170

### c) A Expansão do Direito judiciário (*Judiciary Law*)

Sob esse prisma, e com respaldo na legitimidade que decorre da própria necessidade de motivação das decisões judiciais, inicia-se o movimento designado de *judicialização da política*, bem assim a construção de um espaço favorável ao crescimento da *legislação judicial* – uma das vertentes do ativismo judicial. O debate travado, para além do impasse acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário – o que será posteriormente retomado neste trabalho –, denota senão a expansão do *direito judiciário (judiciary law)*, expressão utilizada há quase dois séculos pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e, no seu caso, condenar e repudiar) o fato de que, já no ordenamento inglês da época, os juízes figuravam como criadores do direito. A reprovação de Bentham era motivada pela incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação do direito judiciário enquanto fonte do direito. Com isso, pretendia a codificação do direito inglês, a fim de assegurar-lhe um maior grau de rigidez e certeza<sup>108</sup>.

O próprio Bentham, contudo, era consciente de que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário. Mas o que ele nunca poderia talvez prever foi que, paradoxalmente, o próprio fenômeno da expansão do direito legislativo, ocorrida tanto nos países de *Common Law* como nos de *Civil Law*, constituiu também uma das principais causas do ulterior fenômeno da não menos impressionante expansão do direito judiciário ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo dos juízes.

A expansão do direito judiciário revela uma expansão do Estado em todos os seus ramos, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário. Na verdade, conforme elucida Mauro Cappelletti, “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso (...), num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 18

<sup>109</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 19

Sem dúvidas, não é tarefa fácil estabelecer um critério válido e distinguir, com precisão, as atividades que, propriamente, pertencem ao Legislativo ou ao Judiciário. A própria expressão *judicialização da política*, atualmente em voga, sugere que, inevitavelmente, as atividades legislativa e judicial, em algum momento, vão interagir para atender aos fins do Estado, cada vez mais requisitado a atuar na consecução de políticas públicas de promoção social, especialmente nos países menos desenvolvidos.

O ponto nodal da questão, desse modo, direciona-se à compreensão do entrelaçamento dessas atividades à luz do paradigma procedimental do Estado democrático de direito. Isso porque, conforme demonstra a evolução histórica do Estado moderno, a decisão tomada no âmbito político, na maioria esmagadora das vezes (para não dizer todas), não se fecha em si mesma. A circularidade do poder, a fugacidade da vida moderna, a estrutura democrática do Estado de direito e o próprio *logrolling* (troca de favores) que permeia o processo legislativo não se compatibilizam com a estagnação em torno de qualquer definição política, e as soluções adotadas em um primeiro momento acabam retornando ao debate na exata medida em que as relações sociais entram em crise (e o fazem com frequência).

Ocorre que, em face da atual organização institucional do Estado, as decisões politicamente deliberadas nem sempre são revertidas dentro dos canais políticos “próprios”, isto é, dentro das instituições públicas formadas por agentes eleitos pelo povo. Em vários casos, elas têm sua resolução final no Poder Judiciário, como se o órgão judicante fosse erigido à categoria de terceira câmara legislativa<sup>110</sup>. Daí a pertinência da observação de Kenneth Ward de que as questões políticas, ao fim e ao cabo, acabam tomando as cores de casos judiciais<sup>111</sup>.

A expressão *judicialização da política* é vulnerável a críticas, uma vez que pode ser relacionada, como muitas vezes o é, a uma deturpação dos parâmetros democráticos sobre os quais deve se fundar o Estado de direito. Entretanto, não representa um mal em si mesma. Consoante observa Marcus Faro de Castro, a judicialização da política contribui para que se fixe um padrão de interação entre os

---

<sup>110</sup> Continentino, M.C. (2006), p. 56

<sup>111</sup> Ward, K. (2003), p. 425

poderes, não necessariamente prejudicial à democracia. Ela aparece, na verdade, como resultado do próprio aperfeiçoamento do sistema democrático, do desenvolvimento do aparato interventivo do Estado e do inevitável papel criativo dos juízes na interpretação do direito legislativo<sup>112</sup>.

Com a judicialização da política, parece intuitivo que, de uma forma ou de outra, acabe se abrindo ao juiz um maior grau de discricionariedade, possibilitando-lhe uma atuação ativa na tutela dos direitos essenciais ao bom funcionamento da democracia, sobretudo quando esses direitos não são devidamente resguardados ou promovidos pelos poderes Legislativo e Executivo, acarretando um mau funcionamento do sistema democrático-participativo. Essa atuação legiferante dos magistrados tende a demonstrar a figura do juiz como um legislador paralelo, “um revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado”<sup>113</sup>.

De fato, quando se diz, como faz o *Chef Justice* Barwick, para citar apenas um exemplo paradigmático, que a expansão do direito legislativo, com a codificação de inúmeros domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda acarreta a paralela expansão do direito judiciário, subentende-se, obviamente, a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Significa dizer que, na interpretação judiciária do direito legislativo, está ínsito certo grau de criatividade do julgador.

O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick ao enfatizar que, ainda a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária<sup>114</sup>. O problema, então, não é o da oposição – na realidade inexistente – entre os conceitos de interpretação e de

---

<sup>112</sup> Castro, M.F. (1997), p. 148-151

<sup>113</sup> Tavares, A.R. (2012), p. 22

<sup>114</sup> Conforme conferência realizada em julho de 1979 pelo então *Chief Justice* da Austrália Garfield Barwick (*Judiciary Law: Some Observations Thereon, Current Legal Problems*)

criação do direito, mas o grau de criatividade e os modos, limites e aceitabilidade da construção do direito por obra dos tribunais judiciais<sup>115</sup>.

A discussão travada já a partir do final do século XIX acerca do conceito de interpretação evidencia que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade (e de criatividade) mostra-se inerente ao processo interpretativo, seja ele do direito ou de qualquer outro produto da civilização humana, como a literatura, a música e a filosofia. Interpretar significa penetrar os pensamentos, as inspirações e a linguagem de outra pessoa com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em um novo e diverso contexto.

É certo que toda a reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Por mais que ele se esforce para permanecer fiel ao que lhe é dado interpretar, ele será, nos dizeres de Mauro Cappelletti, “forçado a ser livre”, porque “não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”<sup>116</sup>. Conforme escreveu o jurista norte-americano Oliver Holmes:

“Não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário.”<sup>117</sup>

Tais questões devem ser resolvidas pelo intérprete, que deve preencher as lacunas e esclarecer as ambiguidades semânticas. Onde existe a dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha. O intérprete é chamado a dar vida a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa, o legislador<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 19

<sup>116</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 21

<sup>117</sup> Holmes, O.W. (1920), p. 203 e 417

<sup>118</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 22

Com particular referência à interpretação judiciária dos precedentes, Lord Radcliffe esclarece:

“(...) o juiz pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca um significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom de inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Nesse sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.”<sup>119</sup>

É sabido, outrossim, que as constituições não disciplinam, de forma global e exauriente, todas as relações sociais. Mesmo as constituições mais analíticas, como é o caso da brasileira, por exemplo, que tratam de muitos assuntos para além daqueles cogitados pelo constitucionalismo liberal, deixam amplos e convidativos espaços para a deliberação política das maiorias eventualmente no poder.

E é natural que seja assim. Uma Constituição que pretendesse tudo regular não seria democrática, por subtrair o direito do povo de fazer suas próprias escolhas e definir o seu caminho através da legislação infraconstitucional. Além disso, uma Constituição com pretensões regulatórias dessa monta, face às limitações da previsão humana, estaria condenada à curtíssima duração, pois não conseguiria dar uma resposta satisfatória às mudanças que ocorrem na sociedade, ampliando os riscos da ruptura institucional<sup>120</sup>. A solução para esse problema, portanto, está justamente na flexibilidade interpretativa das normas constitucionais, o que é facilitado pela utilização de uma linguagem em geral suficiente para permitir uma interpretação que adapte o real sentido do texto às mudanças circunstanciais não previstas pelo poder constituinte, além de princípios hermenêuticos que autorizem os tribunais a extrair da norma uma interpretação conforme à Constituição<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Radcliffe, C. (1968), p. 265

<sup>120</sup> Sarmiento, D. (2012), p. 3

<sup>121</sup> Posner, R.A. (2014), p. 892-893

Na sua essência, a Constituição é uma norma fragmentária, que apenas fixa as principais coordenadas normativas, mas deixa principalmente ao legislador ordinário a tarefa de completar as suas “lacunas” ou vazios, sejam eles conscientes ou não. A não regulamentação exprime não propriamente uma falha, mas uma opção política legítima do constituinte originário – ao menos é isso que se espera, e o que ocorre na maior parte das vezes.

Essa opção, contudo, deixa o intérprete em posição privilegiada, sendo tênue a linha entre a mera integração de um vazio (lacuna) e a construção constitucional que daí poderá emergir, a partir de uma postura mais ousada que, para além do texto, busca novas figuras ou incidências não previstas expressamente. A *construção constitucional* revela a função criativa e não apenas declaratória do julgador, que, para além de mero auxiliar do legislador, passa a elaborar normas e a organizá-las ou ordená-las de forma discricionária<sup>122</sup>.

Discricionariedade (criatividade), todavia, não necessariamente significa arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente seja um criador do direito, não é um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procura estabelecer e aplicar certas amarras à liberdade jurisdicional, tanto processuais como substanciais, de modo que a criatividade judicial não signifique *direito livre*, direito criado arbitrariamente pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. Então, cumpre ressaltar, o problema em si não está na alternativa *criatividade vs. não criatividade* do julgador, mas no grau de criatividade e nos modos, limites e legitimidade da criatividade judicial<sup>123</sup>.

#### d) O Judiciário como um Terceiro Gigante

Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é certo que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui fenômeno típico dos séculos XX e XXI.

---

<sup>122</sup> Diniz, M.H. (2012), p. 85

<sup>123</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 26



Como escreve Lord Reid, outro eminente juiz inglês, em tempos anteriores “entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito”<sup>124</sup>, ao invés de meramente declará-lo. Hoje, todavia, tanto nos sistemas jurídicos de *Common Law* quanto nos de *Civil Law*, predomina a concepção teórica segundo a qual o direito judiciário é sim fonte autêntica do direito objetivado.

O protagonismo judicial, em verdade, apresenta-se como consequência necessária do triunfo do *constitucionalismo de direitos* no ocidente. Em linhas gerais, o fenômeno é descrito por José Guilherme Berman como inevitável, decorrendo de uma sequência de eventos atrelados aos três paradigmas fundamentais do constitucionalismo contemporâneo: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração da doutrina da interpretação (jurisdicional) constitucional<sup>125</sup>.

Na verdade, segundo elucida Giovani Agostini Saavedra, “é fato notório que a Constitucionalização dos ramos do direito e a difusão do Controle de Constitucionalidade ampliaram de forma considerável o âmbito de atuação do Judiciário”<sup>126</sup>. Alguns autores, inclusive, chegam a falar no surgimento de uma nova forma de governo: a Juristocracia<sup>127</sup>.

Um dos primeiros aspectos a denotar o crescente cenário de protagonismo do Judiciário, como descreve Mauro Cappelletti, é a “revolta contra o formalismo”<sup>128</sup>, dirigida, sobretudo na Europa continental, contra o positivismo jurídico. Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo o elemento voluntarístico ou discricional da escolha. Reconhecia, por assim dizer, o caráter fictício da interpretação, de tradição montesquiniiana, como atividade puramente mecânica, dando ao juiz a mera e passiva “inanimada boca da lei”.

---

<sup>124</sup> Lord Reid (1972-1973)

<sup>125</sup> Berman, J.G. (2009), p. 210

<sup>126</sup> Saavedra, G.A. (2012), p. 233

<sup>127</sup> Hirschl, R. (2004)

<sup>128</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 31

O formalismo burguês normativista, retratado pela Escola Clássica ou da Exegese, concebia o juiz como simples ator declaratório, responsável apenas por tornar explícito o significado da norma positivada, ficando o estudo do direito reduzido à mera exegese dos códigos<sup>129</sup>. A ideia central era tentar impedir que os juristas, com a sua *verbosidade*, causassem confusão à acabada clareza da legislação, de modo que caberia ao juiz apenas *declarar* o direito de maneira não criativa, empregando no processo de aplicação do direito aos casos em que fosse chamado a atuar tão somente instrumentos lógico-dedutivos, sem envolver, assim, a sua valoração pessoal.

Todavia, a própria evolução histórica já antes delineada, com todas as revoluções e crises que a permearam, condicionando os novos rumos de atuação do Estado como um todo, conduzem gradativamente à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo do que pretendia a Escola da Exegese. Na verdade, não demorou muito para que se descobrisse que o Judiciário era também órgão indispensável à consecução dos fins do Estado e à realização de direitos individuais e sociais inscritos nas constituições, bem assim que os juízes, moral e politicamente, eram bem mais responsáveis por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais, o que levou à ampliação das suas funções e abriu-lhes a possibilidade de escolha dentre as diversas formas de interpretação do direito posto.

Escolha essa que, levando em consideração os resultados práticos e as implicações morais da própria opção realizada pelo magistrado, significa justamente a discricionariedade jurisdicional, levada a efeito a partir de um balanceamento dos resultados práticos e das implicações morais da própria escolha. Através dela, o juiz deixa de atuar com a neutralidade que lhe impunha a concepção do direito como norma pré-estabelecida, clara e objetiva, até então vigente, passando a ter sua responsabilidade pessoal, moral, política e jurídica envolvida sempre que houver no direito abertura para uma maior participação judiciária<sup>130</sup>.

Nesse cenário, novamente nas palavras de Lord Radcliffe, “quem poderá negar (...) que, para o direito, as decisões judiciais constituem uma contribuição

---

<sup>129</sup> Diniz, M.H. (2012), p. 66

<sup>130</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 33

criativa, e não meramente descritiva? Não há outra forma de fazer de modo diverso, na medida em que raro é o caso de decisão que não pressuponha a escolha entre duas alternativas ao mesmo tempo admissíveis”<sup>131</sup>. É, a toda evidência, o reflexo da transformação do Estado liberal em Estado social (*État providence*) e da legislação de viés eminentemente social que emergiu a partir de então, impondo um papel mais ativo do Estado e, de conseguinte, uma atuação também ativa dos juízes no intuito de fornecer conteúdo concreto àquelas finalidades e princípios incorporados pelas constituições e pelos códigos.

A legislação social ou de *welfare*, inevitavelmente, conduz o Estado a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um *gerdarne*; o Estado social deve fazer a sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*<sup>132</sup>, que consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuro, promovendo-lhes a execução gradual e ininterrupta, ao invés de pura e simplesmente escolher entre o certo e o errado, ou seja, entre o justo e o injusto. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais<sup>133</sup>.

Tipicamente, os direitos sociais pedem, para sua execução, a intervenção ativa do Estado, frequentemente prolongada no tempo, pois não são simplesmente atribuíveis aos indivíduos. Exigem, portanto permanente ação estatal com vistas a financiar subsídios e remover barreiras sociais e econômicas para, enfim, promover a realização de programas e políticas públicas.

Conforme leciona a melhor doutrina, os direitos sociais/fundamentais constitucionalmente previstos são perenes a qualquer governo, sendo vedado o seu retrocesso. Contudo, é necessário ir ainda mais além, buscando a concretização do princípio da realização progressiva. A sociedade moderna não mais se contenta com ineficiências ou com a prestação de serviços sem adequação, tampouco com a mera

---

<sup>131</sup> Radcliffe, C. (1968), p. 271

<sup>132</sup> Bobbio, N. (1969), p. 189-206

<sup>133</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 41

previsão de direitos em um texto despido de aplicabilidade prática. A realização progressiva dos direitos deve ser uma realidade<sup>134</sup>.

Como corolário lógico, denota-se uma predisposição de intervenção do Judiciário em termos de garantias de direitos, o que causa uma readequação nos limites da liberdade (discricionariedade) do gestor público<sup>135</sup>. Os direitos sociais passam a ser entendidos como direitos públicos subjetivos e, por isso, concretizáveis pela via judicial, quando não devidamente amparados pelos outros poderes do Estado.

A nova leitura das normas jurídicas impõe ao Judiciário uma dimensão criativa da interpretação e da aplicação do direito, realçando o caráter moral e político das escolhas efetuadas pelos juízes no exercício do seu mister<sup>136</sup>. O fenômeno, nos termos do que preceitua Ran Hirschl, reflete uma *judicialização a partir de baixo* (*judicialization from below*)<sup>137</sup>, pois costuma ser provocada por meio de ações judiciais originadas na própria sociedade, e impõe aos juízes, invariavelmente, que contribuam para essa tentativa do Estado de tornar efetivos programas sociais nos mais diversos setores da sociedade, seja controlando ou exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente para atender às necessidades sociais básicas. Essa é a “poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”<sup>138</sup>.

Vinculada a ela, outros efeitos significativos das radicais e penetrantes transformações das funções do Estado são a obstrução (*overload*) do Legislativo e o descrédito do Executivo. Paradoxalmente, os parlamentos, na evolução do constitucionalismo moderno, atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, foram obrigados a transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em verdadeira abdicação.

---

<sup>134</sup> Veloso, J.R.S. (2010), p. 45

<sup>135</sup> Veloso, J.R.S. (2010), p. 42

<sup>136</sup> Lopes, B.L. (2013), p. 2

<sup>137</sup> Hirschl, R. (2006), p. 725

<sup>138</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 42

Algumas tarefas administrativas e até mesmo normativas, com isso, foram confiadas ao Executivo e seus órgãos<sup>139</sup>.

O Executivo, entretanto, por uma série de fatores, revelou-se também omissos em relação a comandos constitucionais asseguradores de direitos fundamentais internalizados pelos Estados. O seu aparato se mostrou insuficiente para implementar políticas públicas já consagradas nos textos legais, porém ainda não concretizadas na prática. Em face da discricionariedade outorgada ao administrador público para estabelecer as premissas e as diretrizes dos programas sociais de promoção do bem-estar coletivo, esse acabou por segregar os beneficiários de acordo com critérios, no mínimo, questionáveis, de uma forma ou de outra atrelados às maiorias eventualmente no poder, cedendo à pressão exercida pelos grupos de maior interesse e participação no jogo político.

Esse fato leva, sistematicamente, ao aumento da litigiosidade em torno dos referidos programas sociais e da sua legitimidade, objetivando a inclusão de cidadãos que, em face da disparidade dos critérios de seleção adotados, acabam excluídos de seu alcance de forma alegadamente injusta. E aqui surge um problema relacionado com a implementação e a eficácia desses direitos à obtenção de prestações positivas do poder público, sobretudo porque esse trabalha com recursos finitos, sendo obrigado a escolher quais bens e valores serão distribuídos e quais serão sacrificados em um determinado contexto<sup>140</sup>.

Entretanto, é daí que exsurge a conclusão de que o ativismo judicial decorre da própria ineficiência do Estado, isto é, da própria incapacidade de se realizar os fins constitucionalmente almejados, que são muitos. O Judiciário, na realidade, acaba atuando como um *sistema de alarme*, um sinal de alerta para a Administração, a fim de permitir a realização de compromissos incompletos, através de uma ponderação entre os primados da reserva do possível, da proporcionalidade/razoabilidade e do mínimo existencial<sup>141</sup>. É, ao menos, o que se espera.

---

<sup>139</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 43

<sup>140</sup> Caliendo, P. (2009) p. 170

<sup>141</sup> Lopes, B.L. (2013), p. 5

De outro lado, a emergência do Estado administrativo ou burocrático que então se observou causou problemas não menos sérios. A ameaça da situação de tutela paternalística sobre os cidadãos por parte de um Estado que, apesar de onipresente, revela-se inacessível e não orientado para a consecução de seus fins, leva a um sentimento de impotência e abandono dos cidadãos, que se veem incapazes de obter acesso às inúmeras alavancas da máquina estatal, teoricamente disponíveis a todos os necessitados. Não é decerto sem nenhum motivo que grande parte das ciências modernas estão se aperfeiçoando em problemas decorrentes dos efeitos desse sentimento de *solidão na multidão*, tornado de evidente atualidade.

Frente a esse cenário, o Poder Judiciário impõe um novo e grande desafio aos juízes. E a justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis e da atividade do Executivo e dos seus derivados, passa a constituir um dos importantes aspectos dessa nova responsabilidade que lhes é atribuída.

O Judiciário emerge como um *terceiro gigante* na coreografia do Estado moderno, em que os tribunais, mesmo os ordinários, passaram a aceitar, de forma audaciosa, a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada. Os juízes, dessa maneira, tornam-se controladores não só da atividade dos cidadãos, mas também dos poderes políticos, nada obstante o enorme crescimento desses no Estado moderno – e talvez justamente em virtude desse crescimento.

O alargamento do Poder Judiciário é senão o ingrediente necessário para o equilíbrio dos poderes. E a ampliação das suas funções em nossa época bem se explica e se justifica à luz do surgimento de tribunais cujo papel, de forma consequente ou paralela, aumentou sobremaneira com o crescimento, sem precedentes, dos outros poderes do Estado.

Quase desnecessário observar, outrossim, o quanto seria inútil a tentativa de quem quisesse esconder esse novo e nascente papel atrás da frágil cortina da natureza meramente declaratória e puramente lógica da interpretação judiciária. E, mesmo no país de Montesquieu, a acentuada criatividade da justiça administrativa foi a tal ponto reconhecida que se vislumbra no *droit administratif* um direito em larga

medida jurisprudencial, assim como também vem ocorrendo em países como Alemanha e Itália.

Apesar disso, a expansão do papel dos tribunais escancara uma série de problemas, sendo ainda alvo de notórias críticas, especialmente quando questionada à luz da teoria democrática. Ora, se o entrincheiramento de direitos colocados sob a guarda do Judiciário parece, *a priori*, compatível com uma visão moderada da democracia, as dificuldades aparecem quando a autodeterminação popular é levada mais a sério, mantendo acesa a polêmica a respeito do avanço jurisdicional sobre o espaço originalmente reservado aos poderes democraticamente eleitos – o Legislativo e o Executivo<sup>142</sup>.

A partir de uma perspectiva democrática, aponta-se para as dificuldades de o Judiciário ocupar um espaço de destaque no cenário político, nomeadamente ante a sua falta de legitimidade para lidar com as questões situadas na fronteira entre o campo da política e o do direito. Mas não é só.

Para além disso e sobre outros vieses, observa-se que a judicialização também envolve um risco de *politização da justiça*, isto é, o risco de que o Judiciário se torne uma superestrutura de poder e dominação, afastando-se da ética e do caráter de neutralidade que, a princípio, deve nortear o seu agir. Embora a linha entre direito e política seja muito tênue, um não se confunde com o outro. Direito não é justiça e, por isso, não deve ser tratado como tal, sob pena de também recair nos mesmos problemas e anseios que maculam o processo legislativo. É o que assinala, de forma enfática, Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“Uma justiça politizada, ao contrário, compartilha da responsabilidade pelos resultados do uso da violência, fazendo do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais de exceção. Ou seja, a Justiça politizada arrisca-se a render-se ao marketing das opiniões, reduzindo o direito a elas, o que (...), no judiciário, torna opaco o uso da força, conduzindo-a à banalidade e à trivialidade do jogo de interesses.”<sup>143</sup>

Ademais, impõe-se também atentar para o fato de que, por vezes, falta ao Judiciário habilidade para trabalhar com questões amplas e complexas, que transcendem os interesses subjetivos das partes em litígio e alcançam problemas de

---

<sup>142</sup> Berman, J.G. (2009), p. 210

<sup>143</sup> Ferraz Jr., T.S. (1995), p. 18

*macro* ou *megapolítica*. Nesse passo, o ponto perpassa pela identificação da real capacidade institucional do Judiciário para atuar em demandas que envolvam temas técnicos ou científicos que não lhe são familiares, bem assim para prever os efeitos sistêmicos daí decorrentes.

Como já antes enfatizado, a maior parte dos Estados democráticos de direito no mundo se organizam em um modelo de separação de poderes, em que as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Com isso, nada obstante cada um dos poderes exerça um controle recíproco para com os demais, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas e a concentração do poder, é possível reconhecer que a habilitação técnica de cada um deles é limitada, sendo notória a especialização dos poderes conforme o seu mister primordial<sup>144</sup>.

Desse modo, há casos em que o juiz de direito não é propriamente o árbitro mais qualificado para produzir a melhor decisão, por falta de informação, de conhecimento específico ou de uma visão mais ampla dos possíveis efeitos do seu ato. E é justamente para evitar que se comprometa a eventual alocação errônea dos escassos recursos públicos que se tem defendido que, mesmo que conserve a competência para o pronunciamento definitivo, o juiz deve prestigiar as manifestações dos outros poderes, cedendo passo para juízos de discricionariedade conformes aos estudos técnicos e científicos elaborados por instâncias com habilitação para tanto.

As objeções postas, embora não sejam as únicas, denotam que, certamente, o crescimento desse protagonismo do Poder Judiciário nas últimas décadas constitui, por si mesmo, um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes de tudo, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão, gravosidade, inacessibilidade e irresponsabilidade dos seus principais atores.

Esse parece ser o problema mais sério colocado a partir do momento em que o Judiciário assume o papel de protagonista na criação do direito e na concretização

---

<sup>144</sup> Mello, C.A. (2003), p. 22



de políticas públicas das mais variadas possíveis, com ingerência inclusive sobre a realização de gastos públicos e a alocação de recursos. E a grande questão, tão debatida na atualidade por grandes pensadores do direito, passa a ser a de como articular a coexistência entre judicialização da política, ativismo judicial e democracia.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

Relacionadas ao crescente papel de protagonismo do Poder Judiciário, surgem duas questões distintas, porém bastante próximas: a judicialização da política e o ativismo judicial. Ambas refletem o avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, denotando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Outrossim, acentuam os debates acerca da legitimidade democrática dos tribunais, discussão enriquecida nos últimos anos por alguns filósofos do direito e constitucionalistas como John Ely, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Intrinsecamente ligados, esses fenômenos, ao mesmo tempo, aparecem como causa e consequência da centralização do Poder Judiciário, esbarrando nos mesmos problemas relativos ao desempenho concreto da atividade jurisdicional e ao controle de legitimidade dessa atuação. Com isso, remetem à reflexão de que o papel criativo dos juízes deve ser orientado justamente pela compreensão crítica do princípio democrático<sup>145</sup>.

Inicialmente, impõe-se destacar que a expressão *judicialização da política*, como o próprio nome sugere, significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo debatidas e decididas, de modo definitivo, por órgãos do Poder Judiciário, e não por aquelas instâncias políticas tradicionais: o Parlamento e o Executivo. A judicialização envolve uma verdadeira transferência de poder das instituições políticas genuinamente democráticas para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação, na forma e na intensidade de participação dos cidadãos na tomada das decisões políticas<sup>146</sup>.

O fenômeno em si tem causas múltiplas, é complexo e com inúmeras dimensões. Em um nível mais abstrato, relaciona-se com a popularização do discurso jurídico em praticamente todos os aspectos da vida moderna, além da captura, pelo direito, dos conflitos sociais, em uma verdadeira judicialização das relações sociais.

---

<sup>145</sup> Castro, T.D.V. (2016), p. 5

<sup>146</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 3

Sob esse aspecto, a judicialização da política aparece senão como consequência de uma crescente complexidade, característica das sociedades altamente regulamentadas surgidas sob a influência direta do Estado de bem-estar (*Welfare State*), o que acaba por acirrar, em face do dinamismo que as permeia, as tensões sociais. Disso resulta que a atividade jurisdicional ganha espaço de relevo como uma das manifestações fundamentais do Estado contemporâneo, que, tipificando como crime a justiça de mão própria, assume o monopólio da solução heterônoma dos conflitos e, por conseguinte, uma das mais importantes faces do poder político. Tanto é assim que, conforme entendem alguns doutrinadores, a locução *jurisdição política* seria, até certo sentido, pleonástica, uma vez que é ínsito à noção de jurisdição o exercício de uma função estatal indeclinável<sup>147</sup>.

Para além disso, agora em um nível mais concreto, denota-se que a judicialização da política decorre também da expansão do papel dos tribunais na determinação de políticas públicas, notadamente ante o alargamento do rol de direitos internalizados pelos Estados e elevados à categoria de garantias fundamentais, porém não concretizados pelos poderes Legislativo e Executivo. Por certo, essa perspectiva promocional atribuída ao direito necessita de uma interpretação marcada fundamentalmente pela flexibilidade na aplicação de princípios constitucionais que, por sua natureza aberta, conferem destaque ao papel dos juízes.

A *constitucionalização abrangente*, de outro lado, também aparece como mais uma das causas da judicialização. Ao trazer para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, o fenômeno literalmente transforma “Política em Direito”<sup>148</sup>. Na medida em que uma questão, seja um direito individual, uma pretensão estatal ou um fim público, é disciplinada em uma norma constitucional, ela inevitavelmente se transforma, ao menos potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada ou buscada sob a forma de uma ação judicial. Com isso, o Judiciário acaba ganhando espaço no debate sobre ações concretas ou políticas públicas nas mais diversas frentes de atuação do Estado, inclusive como forma de defesa de

---

<sup>147</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 61

<sup>148</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 4

minorias contra as maiorias parlamentares ou contra os grupos de interesse com maior capacidade de influência no jogo político.

Em razão disso, aliás, ganha relevo uma das mais enfáticas faces da judicialização da política, que parece ser a mais problemática de todas. Trata-se da *judicialização da megapolítica*, em que controvérsias políticas centrais, responsáveis pela definição do próprio conceito de comunidade, têm sua resolução delegada ao Poder Judiciário. Estão aí incluídas, veja-se, questões sobre judicialização do processo eleitoral, o controle das prerrogativas do Executivo em matéria de planejamento macroeconômico, os dilemas ligados à justiça restaurativa e, acima de tudo, a formação da identidade nacional, a construção de uma nação e a própria definição das razões de ser do Estado<sup>149</sup>.

Também sob esse aspecto, evidencia-se a abertura de um novo canal para que sejam ouvidas e, por imposição constitucional, decididas questões políticas no âmbito até então estreito dos processos subjetivos. Desse modo, a judicialização consolida-se justamente como decorrência lógica do modelo constitucional que adotou o atual Estado democrático de direito.

Não se trata, pois, de um exercício deliberado de uma vontade política, mesmo que se diga haver uma suposta pretensão do Judiciário em assumir o controle das demais funções estatais. Na realidade, conforme já sublinhei neste trabalho, a judicialização da política parece denotar muito mais uma ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo do que um interesse escuso do Judiciário em assumir um papel de protagonismo, uma vez que esse somente atua quando provocado a se manifestar, e o faz nos limites dos pedidos formulados, tanto no bojo das ações individuais (processos subjetivos), como nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (processos objetivos). Uma vez preenchidos os requisitos de cabimento, os tribunais não têm alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito. É dizer: não se pode imputar aos juízes das cortes constitucionais, somente sob esse

---

<sup>149</sup> Berman, J.G. (2009), p. 219

enfoque, a ambição ou a pretensão de criar um *modelo juriscêntrico*<sup>150</sup>, de hegemonia judicial.

O crescimento da judicialização da política, todavia, não se encerra em si mesmo, dando ensejo a que se identifiquem posturas mais ativas dos juízes na resolução de casos concretos. A linha entre a *judicialização da política* e o *ativismo judicial* é, na realidade, bastante tênue, pois o simples fato de o Judiciário decidir sobre questões de cunho político através de uma interpretação criativa inerente ao desenvolvimento de suas funções só intensifica a sua participação na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A judicialização da política, nesse viés, revela uma importante zona de indefinição, na qual a interpretação do direito se aproxima da atividade criativa.

A postura ativista pode se manifestar por meio de diferentes condutas, que incluem: a declaração de inconstitucionalidade de atos discutivelmente constitucionais de outros poderes; a não observância dos precedentes; o afastamento da metodologia interpretativa reconhecida; o julgamento orientado pelo resultado; a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas; e a legislação judicial. Todas elas são importantes, e as primeiras bem apontam para os riscos desse alargamento do papel de atuação dos tribunais. Porém, são essas últimas, a imposição de condutas ao poder público e a legislação judicial, que parecem ser as mais úteis, não apenas para descrever a prática conhecida como *ativismo judicial*, mas também para relacioná-la ao outro fenômeno aqui examinado, a *judicialização da política*.

A legislação judicial, com efeito, consiste na criação do direito pelo Judiciário, que deixaria de se limitar a interpretar as leis já existentes, como um coadjuvante do Poder Legislativo. O debate sobre a legislação judicial é associado ao debate sobre os direitos constitucionalmente assegurados e, notadamente, à possibilidade de o Judiciário não só delimitar seu conteúdo e alcance por meio da jurisdição constitucional, mas também *descobrir* outros direitos reconhecidos como fundamentais, mas não expressamente consagrados pelo constituinte originário, e

---

<sup>150</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 5

determinar a realização de medidas pelos poderes Legislativo e Executivo visando à sua concretização<sup>151</sup>.

Esse movimento de politização dos juízes e de judicialização da política leva os tribunais a tomar decisões inovadoras e impositivas, “mesmo à custa de uma justificação fictícia” e da ausência de uma legitimidade democrática direta<sup>152</sup>. Por fatores históricos e conjunturais supracitados, o Judiciário se apropria do discurso jurídico e passa a emanar normas por meio de uma organização, fazendo surgir então um novo Estado de direito.

Em termos de teoria da Constituição, o que se verifica é uma ampliação da noção de direito positivo e o seu avanço em direção a concepções e valores não literalmente subsuntos nos textos jurídicos, em clara oposição ao positivismo formalista, até então responsável por afastar e limitar essa visão construtivista do direito que nasce a partir da textura aberta das normas. O fenômeno permite a superação da técnica da subsunção, dando ensejo à formação de uma relação dialética e de integração fato-norma mais realista, mediante uma concepção unitária da realidade<sup>153</sup>.

Em outras palavras, enquanto o constitucionalismo tradicional, que dominou o período entre as duas grandes guerras, cumpria a tarefa de reprimir o papel estatal, a fim de assegurar o vasto campo de desenvolvimento das potencialidades e liberdades privadas, o neoconstitucionalismo ora vigente, também responsável por colocar o Judiciário em posição central na realização dos fins do Estado, desenvolve suas premissas de acordo com uma perspectiva francamente positiva, que busca fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas<sup>154</sup>.

Com esse poder discricionário, o Judiciário passa a ser um ponto forte de manifestação do poder, engajando-se na busca da justiça e na aplicação efetiva de princípios dentro do ordenamento jurídico. A evolução de um Estado promocional,

---

<sup>151</sup> Berman, J.G. (2009), p. 214

<sup>152</sup> Perelman, C. (1998), p. 191

<sup>153</sup> Perlingieri, P. (2008), p. 606

<sup>154</sup> Castro, T.D.V. (2016), p. 11

fruto também de um *Welfare State* e de um Estado que mais se parece com um produtor de serviços de consumo social, leva a um normativismo social que não se limita a traçar os fins e princípios pretendidos, mas busca também modelar progressivamente o futuro, deixando aos juízes um âmbito maior de discricionariedade.

O Judiciário é, portanto, chamado a dar uma contribuição criativa à sua atuação. Passa ele a ser a nova aposta funcional para viabilizar a realização dos projetos políticos que se anunciam, permitindo a efetiva participação popular e a concretização de direitos pela via judicial, em determinadas situações inclusive a despeito da atuação dos grupos de interesse que, de uma forma ou de outra, acabam ditando o ritmo do governo democrático<sup>155</sup>.

### 3.1 O PAPEL CRIATIVO DOS JUÍZES E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Como corolário dessa discricionariedade que emerge do processo de interpretação legal feita pelo Judiciário, ganha corpo a discussão sobre as inconveniências e os perigos de o juiz passar a ter esse *superpoder* de invadir as esferas de atuação próprias dos outros poderes, o que revela a necessidade de se conservar um olhar crítico sobre esse tripé (judicialização da política, ativismo e democracia) que sustenta as novas linhas do desenho institucional do Estado. O ponto central, frisa-se, é saber quais os limites desse Poder Judiciário mais ativo e o perigo de instrumentalização do direito através de um discurso de ativismo voltado ao uso estratégico do poder jurisdicional.

Como já enunciado, as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento, o ativismo foi de natureza conservadora, dando inclusive amparo à segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford*) e à invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937). A situação, contudo, inverteu-se completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a presidência de Warren (1953-1969), produziu

---

<sup>155</sup> Fuga, B.A. (2016), p. 74

jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, incrementado a produção do *direito judiciário*.

A expressão *ativismo judicial*, na realidade, foi cunhada após encerrada a Segunda Guerra Mundial, através de um movimento da Suprema Corte norte-americana em direção à proteção de direitos individuais e à promoção de políticas públicas, com o reconhecimento do direito das minorias. Foi nesse período que a supremacia constitucional sobre o princípio democrático ganhou um novo vigor.

Com o término da Segunda Grande Guerra, observou-se a emergência de documentos normativos contendo declarações de direitos humanos a serem protegidos de forma pretensamente universal, fenômeno esse observado em ao menos dois níveis, um nacional e outro supranacional. No plano interno, são as Constituições que desempenham a função de enunciar os direitos a serem protegidos, e que acompanham mecanismos de acesso a instâncias judiciais aptas a fazer valer as determinações constitucionais, especialmente por meio da prática do controle de constitucionalidade dos atos do poder público. De maneira análoga, no plano internacional, surgem cada vez mais documentos jurídicos de proteção aos direitos humanos e, igualmente, cada vez mais instâncias e instituições de proteção a tais direitos<sup>156</sup>.

Juan Carlos Bayón aponta com precisão as duas peças centrais na engrenagem do constitucionalismo de direitos:

*“Normalmente se da por sentado que quien haga suya la tesis del coto vedado queda comprometido con esa específica estructura institucional que es el constitucionalismo. Hay, por supuesto, muchas formas diferentes de “constitucionalismo”, lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.”*<sup>157</sup>

Há, entretanto, ao menos três pontos a partir dos quais se pode criticar a tese constitucionalista baseada no entrincheiramento de direitos como normas hierarquicamente soberanas em determinado ordenamento jurídico e

---

<sup>156</sup> Berman, J.G. (2009), p. 214

<sup>157</sup> Bayón, J.C. (2003), p. 212



acompanhadas de uma garantia fundada nos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade. Uma primeira dificuldade enfrentada pelos tribunais responsáveis pelo controle jurisdicional dos atos do poder público decorre, em síntese, da indeterminação das disposições constitucionais que enunciam direitos, situação que leva, em muitos casos, a um cenário inevitável de ativismo judicial<sup>158</sup>.

A segunda dificuldade, talvez a mais debatida em âmbito doutrinário, diz com a indagação sobre a adequação do Judiciário para reconhecer o consenso. Conforme elucida boa parte daqueles que criticam esse viés de atuação jurisdicional, parece óbvio que, se o fator decisivo para o reconhecimento de valores fundamentais é a sua aceitação popular, as instâncias representativas seriam muito mais adequadas para identificá-la do que um poder predominantemente técnico, não representativo<sup>159</sup>.

Por fim, porém não menos importante, a terceira dificuldade residiria na existência do desacordo entre diferentes percepções (todas igualmente aceitáveis) do conteúdo das normas do direito e daquilo que seria o justo. Segundo elucida Jeremy Waldron, esse desacordo que se verifica na base da organização social levaria à invalidação do argumento, central para o constitucionalismo, de que as constituições escritas refletiriam uma espécie de pré-acordo ou compromisso, adotado em um momento especial e necessário para a manutenção do Estado democrático<sup>160</sup>.

Para ilustrar o seu argumento, Waldron se vale da metáfora proposta por Jon Elster, que compara as manifestações do poder constituinte e dos poderes constituídos com a odisséia de Ulisses. Sob essa perspectiva, o poder constituinte atuaria em um momento iluminado, criando barreiras contra a sua própria vontade (o que, veja-se, equivaleria a Ulisses determinando que ele mesmo seja amarrado ao mastro do navio), e os poderes constituídos seriam suscetíveis a pressões momentâneas, capazes de ameaçar a sua própria sobrevivência (o que equivaleria,

---

<sup>158</sup> Berman, J.G. (2009), p. 214

<sup>159</sup> Ely, J.H. (2002), p. 68-69

<sup>160</sup> Waldron, J. (1998), p. 275

para Elster, a Ulisses pedindo para que seus colegas o desamarrassem ao escutar o canto das sereias)<sup>161</sup>.

Para Waldron, a existência de desacordos razoáveis entre distintas concepções acerca da natureza e do conteúdo dos direitos não deveria ser vista como uma ameaça à democracia. Desse modo, a tentativa de limitar o desacordo através da Constituição é que seria antidemocrática, sendo inclusive despicienda a realização do controle jurisdicional de constitucionalidade em sociedades comprometidas com a proteção de direitos<sup>162</sup>.

Assim, inclusive nos Estados Unidos, em que o desenvolvimento do princípio da supremacia da constituição no sistema político-jurídico é um fenômeno amplamente admitido na doutrina constitucional, o crescimento acentuado do protagonismo do Poder Judiciário provou acesas reações contrárias, merecendo aqui destaque aquelas desencadeadas já nos anos iniciais da administração, naquele país, do Presidente Franklin Roosevelt, quando muitas das medidas governamentais adotadas para combater a crise econômica resultante da grande depressão de 1929 foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. O embate entre a participação ativa do tribunal na definição de questões de cunho eminentemente político e a orientação reformadora do governo Roosevelt pôs em jogo um verdadeiro conflito entre o princípio constitucional e a democracia, entre a ideia de autogoverno, representada pelo princípio da soberania popular, e o entrincheiramento de direitos individuais intangíveis pela vontade da maioria.

A acusação mais séria que se levantou contra o ativismo constitucional consistiu no caráter antidemocrático do sistema de garantia judicial da Constituição, característico do modelo de Estado norte-americano. A interpretação, juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago por um grupo de juízes não-eleitos e politicamente irresponsáveis pareceu representar um desvio inaceitável da ideia de governo democrático. Muito embora a própria cultura norte-americana aceitasse a revisão judicial e inclusive a considerasse como um dos maiores feitos do inédito modelo Estatal concebido, a Suprema Corte, ao que parecia, havia avançado seus limites de atuação para além do aceitável em um

---

<sup>161</sup> Berman, M. (1986), p. 220

<sup>162</sup> Berman, J.G. (2009), p. 221

regime democrático. O primeiro diagnóstico era o de que o constitucionalismo teria ido longe demais, e era preciso retrai-lo em prol da salvaguarda do caráter democrático do Estado<sup>163</sup>.

Isso porque, a partir de uma leitura tradicional do princípio da separação de poderes, mesmo tendo em conta o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), se as funções estatais estão separadas, o Judiciário não poderia criar o direito. E esse é um dos fatores que contribui para a consolidação de um espectro de ilegitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões políticas.

Sob esse viés, a interpretação criativa do direito pelo Judiciário seria inviável justamente por ser antidemocrática, argumento tido por muitos como crucial e decisivo para obstar a formação de um direito judiciário. A objeção em questão desenvolve-se no sentido de que, em um sistema democrático, é obviamente assegurada a independência dos juízes; todavia, quanto mais esses forem independentes, menos esses seriam obrigados a “prestar contas” das suas decisões ao povo.

Com isso, até mesmo um Judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática. E o temor de uma tirania do Poder Judiciário é o que leva, efetivamente, inúmeros doutrinadores a se dedicarem ao estudo do tema.

#### a) O Procedimentalismo de John Ely como Limite à Atuação Ativa dos Tribunais

Uma das mais divulgadas e debatidas teorias democrático-procedimentais elaboradas pela doutrina constitucionalista norte-americana e que ganha destaque na apreciação da matéria é a exposta por John Ely em *Democracy and Distrust*<sup>164</sup>. A fonte de inspiração do autor é uma das mais famosas notas de rodapé da história do direito constitucional norte-americano, a *footnote* nº 04 do caso *New York vs.*

---

<sup>163</sup> Mello, C.A. (2003), p. 22

<sup>164</sup> Whittington, K.E. (2001), p. 22-27

*Carolene Products Co.*, julgado em 1938<sup>165</sup>. Nela, o *Justice* Harlan Stone expõe muito laconicamente elementos de uma teoria procedimental da Constituição, sublinhando que o tribunal deveria sempre intervir para proteger o bom funcionamento do sistema democrático, mantendo abertos os canais de participação e de comunicação política, e resguardar o direito das minorias insulares e discretas (*discrete and insular minorities*), sempre passíveis de serem prejudicadas pelas maiorias opressoras, especialmente nas leis relacionadas à religião, à nacionalidade e à raça.

Por um lado, o procedimentalismo apresentou-se senão como uma ruptura crítica em face da jurisprudência sobremodo substantivista que havia imposto a doutrina econômica do *laissez-faire* através da cláusula do devido processo legal. De outro, na perspectiva teórica, tem sustentado que a Constituição garante apenas um procedimento justo para a tomada de decisões substantivas pelos órgãos democráticos, e não um conjunto de direitos morais e intangíveis pela soberania popular.

A doutrina de Ely visa combater os vários fundamentos cogitados para explicar os critérios de julgamento adotados pela Suprema Corte, desde a visão originalista, que busca extrair o verdadeiro intuito do poder constituinte para interpretar as normas de conteúdo impreciso, até a adoção de valores pessoais dos juízes ou de princípios neutros. O objeto, pois, é, fugindo da armadilha da discricionariedade judicial, demonstrar a impossibilidade de vereditos que redundem em soluções de justiça substantiva, sobretudo quando esteja em jogo a apuração do alcance de disposições constitucionais de textura aberta, zona em que, segundo

---

<sup>165</sup> Sinteticamente, o texto da indigitada nota de rodapé é o seguinte: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry."

Hart, “as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”<sup>166</sup>.

Pondera Ely que, em questões delicadas (casos difíceis), o Parlamento é que estaria em melhores condições de refletir o consenso, e não os tribunais. Sua resistência à atuação forte das cortes jurisdicionais concentra-se no argumento democrático da ilegitimidade eleitoral dos juízes: “um corpo, que não é eleito nem politicamente responsável de outra maneira significativa, está dizendo aos representantes eleitos pelo povo que não podem governar como desejam”<sup>167</sup>. E isso seria inadmissível.

Entretanto, o próprio autor reconhece a força revolucionária dos tribunais constitucionais e tenta encontrar um campo institucional válido para a aplicação da revisão jurisdicional das leis e dos atos administrativos, que recupere a força da democracia, segundo ele perdida nos anos de desenfreado ativismo constitucional da Suprema Corte, porém sem abdicar do constitucionalismo. A preposição central da teoria constitucional de Ely, com isso, é apresentada do seguinte modo: “minha reivindicação é apenas que a Constituição original foi principalmente, na verdade eu diria esmagadoramente, dedicada a questões de processo e estrutura, e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos”<sup>168</sup>.

Nesse norte, para o autor, a função de tribunais e juízes seria a de proteger e estender os direitos constitucionais que reforçam a participação dos cidadãos nas decisões políticas e governamentais. A escolha de valores substantivos deveria ser realizada por órgãos com representação democrática (Legislativo e Executivo), em um sistema político que garantisse a livre discussão de questões públicas e a ampla participação popular nos processos de decisão dos temas políticos.

Essa teoria parte, em suma, de dois fundamentos: primeiro, o valor constitucional supremo é a democracia; segundo, somente uma concepção procedimental de constituição e de revisão judicial das leis é compatível com o

---

<sup>166</sup> Hart, H.L.A. (1996), p. 16-17

<sup>167</sup> Ely, J.H. (1997), p. 22

<sup>168</sup> Ely, J.H. (1980), p. 92

princípio democrático<sup>169</sup>. Por conseguinte, os únicos direitos constitucionais que devem ser garantidos pelo Judiciário são aqueles que asseguram a vitalidade do processo democrático. É dizer: a atuação da Corte Constitucional deverá ser incisiva no tocante aos procedimentos de participação democrática, e não no controle do mérito substantivo da opção política atacada. Desse modo, a atuação da Corte, para Ely, só teria lugar quando se constatasse que os detentores do poder estivessem bloqueando os canais de mudança ou procurando garantir-se na direção do Estado com mecanismos de exclusão das minorias. Do contrário, deveriam omitir-se<sup>170</sup>.

Trata-se de uma concepção evidentemente procedimentalista da Constituição, que se satisfaz através da perpetuação da participação de todos em igualdade de condições no processo de deliberação democrática. Entre democracia e Constituição, Ely opta sinceramente pela democracia, partindo do pressuposto de que os *Founding Fathers* da Constituição norte-americana sempre tiveram em mente estabelecer princípios e direitos que facilitassem a participação popular e aprimorassem o regime democrático.

Ely enfaticamente defende que, “em uma democracia representativa, a determinação de valores deve ser feita pelos nossos representantes eleitos”<sup>171</sup>, ficando o papel dos juízes restrito a proteger e, quando muito, azeitar os canais de representação para garantir que os interesses de todos sejam considerados no processo de decisão política, de modo que os valores escolhidos seriam legítimos pela própria estrutura aberta e pluralista desse processo.

O autor, todavia, acaba preparando duas armadilhas para si próprio. No seu discurso, a opção democrática não deixa de ser uma opção essencialmente valorativa, de modo que o procedimentalismo que cuidadosamente estrutura tem como pressuposto uma escolha, isto é, só se viabiliza a partir da definição de um critério substantivo de justiça que, no seu caso, consiste na saúde democrática em detrimento da integridade da própria Constituição. De outro lado, a priorização da democracia apresenta um efeito colateral sério, relativo justamente a saber sobre qual democracia está se falando.

---

<sup>169</sup> Mello, C.A. (2003), p. 23

<sup>170</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 79

<sup>171</sup> Ely, J.H. (1980), p. 103

Conforme bem observa Antonio Umberto de Souza Jr., se aos tribunais é vedada a possibilidade de fazer opções substantivas, quem definiria a concepção democrática? O Parlamento suspeito<sup>172</sup>? A solução procedimentalista adotada por Ely, assim, acaba com um discreto eufemismo de uma justiça substantiva, o que Habermas chama de uma “compreensão paternalista do controle jurisdicional de constitucionalidade”<sup>173</sup>. Com isso, abre-se espaço para que outras correntes doutrinárias entrem em cena, alargando o debate acerca do papel e dos limites de atuação das cortes constitucionais no Estado democrático de direito.

#### b) O Substancialismo de Ronald Dworkin e o Controle da Discricionariedade Judicial

E é precisamente aí que ganha força a teoria proposta por Ronald Dworkin, elaborada com esteio na ideia de direito como integridade, enraizada pelo autor sobretudo a partir da publicação de *Levando os direitos a sério*, em 1977. Segundo Dworkin, as proposições jurídicas são verdadeiras na medida em que constem ou derivem dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal, elementos esses que ofereceriam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>174</sup>. Nesse contexto, o autor sustenta a necessidade de que sejam restabelecidos os pontos de conexão entre o saber normativo e o saber descritivo do direito. Além disso, pondera que o ordenamento deve conter também um viés prescritivo e questiona os ideais utilitaristas, em razão de que tal doutrina, ao fixar-se em objetivos coletivos, não levaria os direitos individuais a sério, tema a ele tão caro<sup>175</sup>.

Para Dworkin, os direitos individuais não estariam subordinados a critérios de bem-estar social ou a outros valores coletivos, mas valeriam por si, pelo seu valor moral. Sob essa perspectiva, a construção do saber jurídico não poderia se dar de maneira fechada e predisposta, como propõe a escola analítica do direito

---

<sup>172</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 80

<sup>173</sup> Habermas, J. (1997), p. 329

<sup>174</sup> Passari, A. (2010), p. 99

<sup>175</sup> Calsamiglia, A. (1985), p. 159-165

inaugurada por John Austin, discípulo do filósofo utilitarista Jeremy Bentham, impondo-se a abertura de flancos cada vez mais propícios a que sejam externados juízos morais e expostos os seus aspectos políticos<sup>176</sup>. Há, aqui, um nítido viés liberal e progressista através do qual Dworkin assume como base a defesa dos direitos individuais e, com isso, formula uma compreensão bastante peculiar de democracia constitucional e de comunidade de princípios, que irá refletir diretamente na sua concepção sobre o papel dos tribunais no Estado democrático de direito<sup>177</sup>.

Para o autor, o direito não estaria vinculado a uma moral universal, metafísica ou abrangente, que o homem pudesse e devesse descobrir, mas a uma moral decorrente de valores políticos e justificada no próprio procedimento democrático. Ao sistematizar sua teoria, Dworkin adota como ponto de partida o pressuposto de que a democracia constitucional estabelece em seu bojo uma relação harmoniosa entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, já que fruto da necessidade premente que tem de conciliar uma sociedade organizada com base no consenso popular com a existência de normas constitucionais rígidas, de difícil modificação. Além disso, destaca que, em uma sociedade de princípios, marcada pelo diálogo constante entre público e privado, os direitos e deveres políticos dos seus membros não se esgotam nas decisões tomadas no âmago das esferas políticas de governo, mas dependem, no geral, do sistema principiológico que essas pressupõem e ratificam<sup>178</sup>.

A ideia central é de que, em uma comunidade essencialmente democrática, apesar das diferentes concepções acerca daquilo que seria o justo, haveria um consenso em torno da necessidade de se conferir tratamento igualitário aos seus membros (igualdade material). Além disso, como os acordos políticos celebrados nas instâncias representativas de poder nem sempre dão conta de todas as dimensões éticas da vida individual, o princípio da autonomia moral exige a existência de direitos fundamentais indispensáveis e que não estejam à mercê das eventuais maiorias provisoriamente no poder<sup>179</sup>, o que revela de forma ainda mais

---

<sup>176</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 26

<sup>177</sup> Mello, C.A. (2003), p. 17

<sup>178</sup> Dworkin, R. (2003), p. 254

<sup>179</sup> Cittadino, G. (2004), p. 153



clara o compromisso de Dworkin com as liberdades negativas, isto é, com o âmbito de ação dentro do qual o indivíduo tem a discricionariedade para agir autonomamente.

Na contramão da democracia majoritária, caracterizada pela prevalência de decisões puramente majoritárias – tomadas, muitas vezes, em benefício da própria maioria que as sustenta –, Dworkin estabelece um conceito de democracia constitucional que parte da premissa de que os cidadãos são titulares de direitos fundamentais decorrentes de um dado histórico e cultural reconhecido na própria essência da comunidade, os quais estariam, por isso, excluídos do debate legislativo e protegidos contra a transição dos grupos políticos no exercício do poder<sup>180</sup>. Para o autor, esses direitos haveriam de ser incorporados, na realidade, pelo Poder Judiciário, por ser essa a esfera mais adequada para a defesa de direitos e princípios de ordem constitucional.

Em apertada síntese, para Dworkin, se os “direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”<sup>181</sup>. Desse modo, ter-se-ia, no discurso judicial e no *argumento de princípios*, e não no Legislativo ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores, a melhor das técnicas para se analisar uma reivindicação de fato ou de direito.

Para o autor, o dito *argumento de princípios*, adotado tipicamente na resolução de conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, teria o condão de justificar até mesmo uma decisão de ordem política, na medida em que descreve direitos, tanto individuais como coletivos, e não meramente objetivos políticos<sup>182</sup>. Por fazer uso dessa técnica, para Dworkin, em qualquer quadro inicial de afetação de recursos, os representantes eleitos pelo povo não estariam institucionalmente em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direitos e assegurar a sua aplicação pelo Estado.

---

<sup>180</sup> Dworkin, R. (1996), p. 17

<sup>181</sup> Dworkin, R. (2005), p. 31

<sup>182</sup> Passari, A. (2010), p. 102

Ademais, segundo a lógica proposta, membros de minorias não organizadas teriam sempre mais a ganhar com a possibilidade de que os tribunais possam decidir questões políticas, pois esses, a princípio, seriam menos influenciados por grupos majoritários eventualmente no poder e com capacidade para impor seus interesses. Perante o Judiciário, as minorias desfavorecidas teriam amplo acesso, podendo brigar (em tese) de igual para igual contra as majorias dominantes, pleiteando a extensão de direitos em seu favor e, de conseguinte, obtendo decisões fundamentadas.

Nessa toada, Dworkin pondera que o mecanismo da *judicial review* é que efetivamente asseguraria que questões fundamentais acerca da moralidade política fossem finalmente levadas a debate e decididas como questões de princípio, e não apenas de poder; tenham, pois, uma resolução pautada pela consagração de direitos individuais constitucionalmente previstos, explícita ou implicitamente, e não pela promoção do bem-estar de determinada camada da população com maior influência ou trânsito dentro das instâncias de representação popular. Na percepção do autor, cumpre destacar, as decisões tomadas pelo Estado e pela comunidade, enquanto agentes morais, seriam sempre mais legítimas quando justificadas por princípios compartilhados por uma comunidade ética. Desse modo, justamente por conta da profundidade do discurso jurisdicional, para Dworkin, o Judiciário é que seria a instância mais apta a verificar a observância desses princípios<sup>183</sup>.

O autor, entretanto, não passa ao largo da possível contradição existente entre o papel criativo dos juízes e o princípio democrático. Na realidade, Dworkin, ao realizar o devido balanceamento entre os institutos, enfatiza a necessidade de um controle da discricionariedade judicial, salientando que a judicialização da política também serve ao aperfeiçoamento democrático, na medida em que introduz o chamado *fórum do princípio*<sup>184</sup>, elemento por ele considerado como indispensável para um governo com pretensões de assegurar a concretização do princípio da igualdade.

Ronald Dworkin, na realidade, parte do pressuposto de que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite, mas supõe a existência de um

---

<sup>183</sup> Cittadino, G. (2004), p. 153

<sup>184</sup> Dworkin, R. (2005), p. 38

Judiciário engajado na concretização de direitos fundamentais e no exercício do controle de constitucionalidade dos atos emanados dos demais poderes do Estado, sendo o responsável por proferir decisões contramajoritárias cuja força obrigatória advenha de princípios exigidos pela própria moralidade política. Para tanto, propõe a migração das questões políticas para a linguagem neutra do direito, de tal forma que não se possa estabelecer uma separação absoluta entre direito, moral e política.

Não obstante a defesa de uma judicialização da política sob o prisma da neutralidade da linguagem utilizada na fundamentação das decisões judiciais, todavia, o ativismo judicial, para Dworkin, só seria admitido se pautado em argumentos racionais e controláveis, em ordem a obstaculizar a perpetuação de uma versão autoritária de um *governo dos juízes*<sup>185</sup>. A leitura moral da Constituição e a interpretação discricionária (criativa) realizada a partir da textura aberta das normas e dos princípios nela consagrados, embora situe a moralidade política no cerne do direito constitucional, pressupõe que os juízes e os tribunais, ao aplicarem o direito, façam-no em atenção aos limites previamente estabelecidos pelo poder constituinte ordinário, e não mediante o recurso a critérios discricionários subjetivos não necessariamente aceitos pela maioria.

Diante desse cenário, pode-se dizer que o direito como integridade proposto pelo autor, de uma maneira geral, “contesta a forma de ativismo judicial em que o julgador rejeita a Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriormente tomadas pelos Tribunais Superiores e as tradições da cultura política” de uma determinada comunidade democrática autônoma, propondo que juízes e tribunais apliquem a norma constitucional não por convicção pessoal, mas através de um processo interpretativo que reflita a congregação da moral política com os demais elementos atrelados à identidade da nação<sup>186</sup>. Os juízes, ao determinarem a aplicação de direitos ou a promoção de políticas públicas, haveriam de levar em consideração as tradições morais da comunidade, ao menos do modo como foram capturadas no conjunto do registro institucional que é de sua função interpretar<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Binenbojm, G. (2001), p. 75

<sup>186</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 34

<sup>187</sup> Passari, A. (2010), p. 96

Se, do contrário, o juiz pudesse se valer de argumentos discricionários e ilimitados, comprometer-se-iam, no mínimo, três valores de essência liberal-democrática responsáveis pelo equilíbrio do sistema político de governo: a autonomia pública, a segurança jurídica e a separação de poderes. Primeiro, prejudicar-se-ia a autonomia pública, uma vez que o juiz, ao criar as regras a serem aplicadas ao caso, estaria usurpando a capacidade de auto-legislação dos cidadãos, legítimos titulares do poder; a segurança jurídica, além disso, restaria fragilizada, uma vez que as leis criadas para o caso seriam, em certa medida, imprevisíveis; por fim, importaria afronta à separação de poderes, posto que, assim agindo, o aplicador estaria se imiscuindo na competência legislativa.

O arranjo institucional levado a efeito pelo princípio da separação de poderes impediria, em estrita teoria, que os juízes criassem preceitos vinculativos em caráter geral e abstrato (leis), pois, assim agindo, estariam distorcendo a realidade de que somente o ato de legislar seria capaz de criar direitos e deveres de modo eficaz. Todavia, conforme esclarece Louis Jaffe, a soberania popular somente se aperfeiçoa validamente quando os representantes eleitos pelo povo obedecem a um *circuito comunicativo-democrático*, ou seja, a uma cadeia interativa na qual o povo sinaliza aos gestores públicos as necessidades a serem satisfeitas, com maximizada aceitação e consenso<sup>188</sup>. Do contrário, o processo democrático ficaria à mercê de subjetivismos e interesses dos próprios agentes eleitos.

A desconfiança com a possibilidade de adoção de critérios notoriamente subjetivos pelo aplicador do direito e, de conseguinte, a defesa de um controle da atividade jurisdicional, levam Dworkin a construir uma teoria da decisão judicial que, ao menos na sua visão, não deixe espaços para a discricionariedade. Para tanto, parte da ideia de que, mesmo em casos considerados difíceis, os juízes teriam sempre à sua disposição elementos prévios (predispostos) para decidir da melhor forma possível. Para o autor, sempre haveria uma resposta certa dada previamente pelo próprio direito, resposta essa construída a partir da aplicação de elementos estruturantes do ordenamento jurídico<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> Jaffe, L.L. (1969), p. 31

<sup>189</sup> Vieira, O.V. (1999), p. 198

Para melhor compreender a questão, aliás, cumpre rememorar, em linhas gerais, o embate travado por Dworkin no início de sua carreira contra as concepções de Herbert Hart, em que o autor lança mão de relevante argumentação acerca da distinção entre princípios e regras para justificar a vinculação do direito à moral. Para Dworkin, o positivismo jurídico e o seu sistema de normas (primárias e secundárias) emanadas de um corpo legislativo soberano e juridicamente ilimitado não seria suficiente para exaurir o que é realmente um sistema jurídico.

Na realidade, segundo ele, o ordenamento jurídico seria composto também (e principalmente) por princípios jurídicos intrinsecamente atrelados à moralidade política e dotados de conteúdo valorativo. E esses princípios, tal como as regras, também imporiam limites à atividade jurisdicional, fazendo-se presentes, através da ponderação casuística, na aplicação do direito como um todo, independentemente de qualquer fato social ou observação empírica de cunho sociológico<sup>190</sup>.

Os princípios, para o autor, teriam o sentido obrigatório de frear a discricionariedade judicial, de modo que, mesmo naquelas situações em que, para decidir, o juiz tenha de lançar mão de um apurado e aprofundado trabalho interpretativo, esse ficaria obstado de criar direitos a partir de critérios puramente subjetivos. Mesmo nos casos considerados difíceis, portanto, já existiria um direito previamente estabelecido, cumprindo ao intérprete tão somente utilizar de um conjunto coerente de princípios para descobri-lo e dar a melhor solução ao caso concreto<sup>191</sup>.

Para superar eventuais dificuldades na aplicação dos princípios jurídicos, Dworkin vale-se do estereótipo de um *juiz ideal*, cuja capacidade intelectual e de apreensão dos aspectos culturais e históricos da sua comunidade poderia ser comparada, conforme sustenta Jürgen Habermas, à força de um Hércules<sup>192</sup>. O juiz idealizado de Dworkin, ao mesmo tempo em que representaria uma opção do autor pelo construtivismo, apresentar-se-ia também como um protetor das minorias contra os abusos do poder, interpretando o direito como integridade, ou seja, como um

---

<sup>190</sup> Dworkin, R. (2002), p. 29-33

<sup>191</sup> Passari, A. (2010), p. 98

<sup>192</sup> Habermas, J. (1997), p. 263

conjunto inseparável de princípios e valores já sedimentados na prática histórica e compartilhados socialmente. O *Juiz Hércules* não imporá preceitos de ordem jusnaturalista, ao seu bel prazer, mas atuará segundo os ditames constitucionais, dando voz e reforçando uma cultura política pautada pelo princípio democrático<sup>193</sup>.

Tal como em um longo romance literário (romance em cadeia<sup>194</sup>), o juiz de Dworkin, para manter a coerência e a harmonia com o conjunto da obra, além de prever movimentos futuros, deveria ter em mente o conteúdo dos capítulos anteriores. Só assim seria possível haver higidez no processo interpretativo como um todo, o que evidencia a preocupação de Dworkin com decisões judiciais que simultaneamente satisfaçam as exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional, dando coerência ao sistema jurídico e conferindo-lhe legitimidade<sup>195</sup>.

A argumentação expendida por Dworkin acerca do ideal de atuação dos tribunais, tributárias de uma concepção substancialista de democracia, portanto, conforme esclarece Antonio Umberto de Souza Jr., podem ser resumidas através de duas grandes metáforas, assim sintetizadas:

“(...) o direito como um romance em cadeia (*um roman à chaîne*), ou seja, elaborado a várias mãos, onde cada autor (jurista) tem em conta toda a obra já produzida, agregando-lhe sua colaboração interpretativa e criativa (construtivismo jurídico) e o Juiz Hércules, pois somente um talento intelectual e cultural com a força comparável aos músculos do mito grego poderia cumprir satisfatoriamente a tarefa literária imaginada (o direito como integridade). Dele se espera descobrir a série coerente de princípios capazes de justificar a história institucional de um sistema jurídico. Hércules reconstrói (reconciliando a história com a justiça), o legislador constrói.”<sup>196</sup>

Segundo Habermas, toda essa abstração que deflui da teoria formulada pelo jurista norte-americano, para ter efeitos concretos, dependeria justamente de juízes com enorme capacidade intelectual e com reconhecidas qualidades morais; juízes que conhecessem todos os princípios necessários para justificar uma decisão, através de uma visão completa dos elementos do direito vigente, ligados através de

---

<sup>193</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 37

<sup>194</sup> Passari, A. (2010), p. 99-100

<sup>195</sup> Habermas, J. (1997), p. 252

<sup>196</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 80-81

conexões argumentativas facilmente extraídas da decisão dada a um determinado caso concreto. Os juízes, portanto, deveriam obrigatoriamente ter as qualidades do *Juiz Hércules*, o que é ilusório pensar.

Para além disso, importa registrar que a argumentação tecida por Dworkin em relação à leitura moral da Constituição pressupõe uma comunidade que partilha de princípios comuns e que confia nas suas tradições. E é exclusivamente por confiar nas tradições e nas práticas constitucionais estadunidenses construídas a partir da independência das Treze Colônias que, segundo Habermas, Dworkin pôde adotar uma visão substantiva de democracia constitucional para, a partir daí, moldar uma estrutura hermenêutica com base em uma concepção do direito como integração ou integridade no seu país<sup>197</sup>.

O perfeito encaixe da teoria de Dworkin com a realidade norte-americana, entretanto, não reflete a realidade da maioria das democracias contemporâneas, especialmente aquelas dominadas por um pluralismo social atrelado a um passado autoritário e repressivo, diminuindo significativamente o seu âmbito de aplicação. Com isso, além da utópica ideia da existência de um conjunto de juízes altamente qualificados e empenhados na garantia da integridade do direito e da comunidade, é certo que um contexto histórico-social que não propicia o devido acesso a princípios substantivos comuns também inviabiliza a correta ambientação da teoria de Dworkin, pois a referência hermenêutica básica a uma pré-compreensão determinada por princípios estaria comprometida na medida em se entregasse o juiz à história de tradições autoritárias (antidemocráticas).

No desenvolvimento do seu trabalho, assim, o autor deixa de considerar (e de justificar) o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional em países cujo passado político deva ser apropriado pelos magistrados de forma crítica, ao passo que ausente um contínuo histórico de proteção a direitos fundamentais. Ademais, embora a inclusão dos princípios no campo normativo represente um grande avanço na teoria jurídica, o método hermenêutico proposto por Dworkin acaba sendo encarado como monológico, já que sequer cogita de interações sociais democratizantes.

---

<sup>197</sup> Habermas, J. (1997), p. 266

Com isso, longe de pôr um fim ao debate, as proposições de Dworkin levantam ainda mais dúvidas, alargando o âmbito de discussão acerca do papel dos tribunais em meio a esse turbilhão de conflitos sociais decorrentes da complexidade das relações em comunidade, que se alteram conforme a vida humana se redefine. E é nessa conjuntura que ganha relevância a teoria proposta pelo filósofo alemão Habermas, que, ao conceber a chamada democracia deliberativa, busca então preservar o potencial de racionalidade que emerge do diálogo na concretização das normas constitucionais e, com isso, suprir a atual crise no sistema de direitos<sup>198</sup>.

#### c) A Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas e os seus Reflexos no Papel dos Tribunais Constitucionais

Habermas, na verdade, quase uma década mais tarde, intervém no debate filosófico sobre a relação entre constitucionalismo e democracia – e os seus pontos de atrito – sustentando, assim como o fizera Ely, que a *judicial review* é uma instituição desviante em um regime democrático. Apesar disso, entre o constitucionalismo procedimental norte-americano defendido por Ely e a teoria deliberativa do direito de Habermas há diferenças importantes de fundamentação e de perspectiva que merecem destaque. A teoria desenvolvida pelo filósofo alemão já no final do século XX está inserta em um projeto filosófico muito mais abrangente e ambicioso em relação aos debates do constitucionalismo norte-americano, cobrindo inclusive um espectro da teoria do Estado que transita por áreas cruciais da ciência política, da filosofia moral, da sociologia e, como é evidente, do direito.

Refletindo um verdadeiro “giro jurídico”<sup>199</sup>, para análise a que se propõe acerca do tema, o autor abandona algumas de suas constatações descritas na obra *A Transformação Estrutural da Esfera Pública*, de 1962, e passa a defender a tese de que Estado de direito e democracia, além da intrínseca relação histórico-política que lhes é inerente, também guardam entre si um vínculo recíproco de natureza conceitual.

---

<sup>198</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 40

<sup>199</sup> Mello, C.A. (2003), p. 26



Habermas entende que entre Estado de direito e democracia há um nexo interno inseparável, que faz com que a noção de um só alcance a sua plenitude quando conjugada com a de outro. Assim, a existência do Estado só se justificaria frente a uma real participação democrática dos cidadãos; da mesma forma, a consagração da democracia dependeria sempre das estruturas fornecidas e garantidas pelo Estado de direito.

É embasado nesse substrato teórico que o autor formula sua teoria do agir comunicativo, estribada em uma noção procedimentalista da Constituição, sem abandonar, todavia, o pressuposto de que o ordenamento jurídico não prescinde de uma presunção de legitimidade. Habermas defende que, num ambiente em que convivam diversas reivindicações de validade, muitas delas em flagrante conflito, a qualidade de legítimo deve encontrar respaldo nos pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade.

Assim, propõe o autor uma teoria constitucional da democracia deliberativa, na qual a função da jurisdição constitucional está limitada a assegurar a efetividade dos processos deliberativos, garantindo a manutenção de um nível ótimo de vazão dos dutos democráticos. Mesmo essa intervenção judicial excepcional prevista, entretanto, deve dar-se em um ambiente dialógico, pois a função do tribunal constitucional é, para Habermas, “vigiar para que se respeitem os procedimentos democráticos para formação da opinião e da vontade políticas do tipo inclusivo, isto é, na qual possam intervir, sem assumir o papel de legislador político”, e nada mais do que isso<sup>200</sup>.

Desenvolve, assim, um nexo interno entre soberania popular e direitos humanos, possibilitando, através da proteção de uma participação ativa (autonomia pública) e das liberdades subjetivas (autonomia privada), a produção de um direito legítimo<sup>201</sup>. A tese nuclear do autor alemão é que os direitos humanos e a soberania popular, que garantem, respectivamente, a autonomia privada e a autonomia pública dos indivíduos, são ideias e ideais co-originários no processo de constituição objetiva de uma sociedade política, não podendo um se sobrepor ao outro. Nesse norte, ao examinar algumas das teorias políticas clássicas, aponta justamente para o

---

<sup>200</sup> Habermas, J. (1997b), p. 99 e 149

<sup>201</sup> Mello, C.A. (2003), p. 26

fato de que a falta de clareza nas relações entre o princípio moral, do qual se originam os direitos humanos, o princípio do direito, que materializa a proteção dessas garantias, e o princípio democrático, decorre senão de uma interpretação das obras de Kant e Rousseau, que trazem por detrás de seus discursos uma concorrência não-confessada entre os direitos humanos e o princípio da soberania popular<sup>202</sup>.

Habermas propõe-se a dissolver essa rivalidade, na medida em que “os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as duas ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno”<sup>203</sup>. Para tanto, compromete-se com o projeto de fazer convergir a emancipação do homem protagonizada pelo liberalismo com a construção de uma cidadania ativa, que marca as melhores tradições do republicanismo.

Para alcançar esse objetivo, Habermas institui, de plano, o conceito de *razão comunicativa*, a permitir uma comunicação livre, racional e crítica dentro de um ambiente capaz de incorporar não apenas a ética da discussão, mas também a legitimação democrática que surge como pressuposto lógico da alta complexidade das relações sociais contemporâneas. Com isso, o autor faz transparecer, em seu discurso, a evidente prevalência dos pressupostos filosóficos que apoiam o princípio democrático, construindo uma noção de democracia deliberativa responsável por estabelecer um diálogo aberto entre as visões liberal e republicana acerca do tema, ambas presentes especialmente no debate teórico-político dos Estados Unidos<sup>204</sup>.

Para Habermas, os liberais compreendem a política como uma verdadeira disputa de posições para assumir a administração estatal e nela estabelecer suas raízes. Assim, da concorrência que naturalmente decorre desse processo entre atores políticos agindo de forma estratégica, forma-se a opinião e a vontade na esfera pública e no parlamento, e o resultado final desse jogo é auferido por meio de uma soma de forças, sendo o êxito medido pelos votos obtidos dos cidadãos, que o fazem de acordo com as suas preferências, tais como agentes de mercado. Os atores políticos, portanto, não recorreriam a argumentos racionais para expor as

---

<sup>202</sup> Mello, C.A. (2003), p. 27

<sup>203</sup> Habermas, J. (1997), p. 133

<sup>204</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 40-42

suas teses e fazer prevalecer os seus interesses através de um diálogo público em que todas as vozes tenham o mesmo peso, mas buscariam realizar transações através de instrumentos de barganha<sup>205</sup>.

Os republicanos, ao revés, não teriam o mercado como paradigma da política, assentando as suas bases na ideia do diálogo e privilegiando a formação da opinião e da vontade através da comunicação, seja dentro de um espaço público, seja no parlamento. Para isso, pressupõem uma base da sociedade civil autônoma, independente tanto da administração pública como do intercâmbio privado, que seria capaz de proteger o processo argumentativo das partes da captura do aparato estatal ou do mercado. E é justamente essa troca contínua de opiniões que, na concepção de Habermas, adquire força vinculante sobre a forma de exercício do poder político.

Apesar disso, é de se ter em mente que a concepção republicana, na prática, ostenta um idealismo excessivo, pois coloca o desenvolvimento e a eficácia do processo democrático na dependência da virtude dos cidadãos e dos valores compartilhados por uma determinada comunidade, alinhando-a a uma utópica autocompreensão ética da comunidade. Destarte, entre as visões liberal e republicana, busca Habermas desenvolver seu plano teórico em um campo intermediário, que associa o procedimento democrático a conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal pressupõe, porém mais brandas do que almejam os republicanos<sup>206</sup>.

Para Habermas, normas de ação só são válidas se extraídas de um processo público de deliberação coletiva, no qual todos possam participar como indivíduos livres e iguais, apresentando seus argumentos (pretensões de validade) sem constrangimentos e coações, e desde que as normas obtidas nesse processo possam ser aceitas por todos os potencialmente afetados pelas suas consequências. O autor denomina essa reivindicação de *princípio do discurso* ou *princípio da democracia*. Ele próprio afirma: “parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a armar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade

---

<sup>205</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 43

<sup>206</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 45

legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”<sup>207</sup>.

Conforme esclarece José Gomes Canotilho, a democracia que propõe Habermas não está assentada em valores universais do homem, numa perspectiva liberal, nem na moral de uma comunidade específica, numa perspectiva republicana, mas em regras de discurso cujo fim primordial é propiciar uma solução universal das questões éticas e morais de uma comunidade. Na verdade, o que pretende o filósofo alemão é compor uma forma política que concilie constitucionalismo e democracia<sup>208</sup>.

Para isso, parte do pressuposto de que os indivíduos somente serão inteiramente autônomos se forem simultaneamente autores e destinatários dos seus direitos, de modo que autonomia pública e privada não concorram entre si. A plena realização do princípio democrático dependeria da institucionalização de processos e condições de comunicação para a formação livre da opinião e da vontade, de tal maneira que a política deliberativa não fique subordinada a uma comunidade que partilhe de valores éticos comuns. As normas e decisões políticas só teriam sua legitimidade reconhecida se pudessem ser questionadas e aceitas em um discurso de cidadãos que se reconheçam não apenas como destinatários, mas como autores das proposições a que devem obediência<sup>209</sup>.

Com isso, a democracia, que, segundo preceitua Canotilho<sup>210</sup>, constituiria elemento indispensável do Estado democrático-constitucional de direito, estaria diretamente atrelada à criação de mecanismos de participação popular, através dos quais todos os de alguma forma afetados por normas sociais gerais e decisões políticas fundamentais pudessem ter voz, participando ativamente da sua formulação, estipulação ou aplicação, através de uma estrutura comunicativa do agir orientado para o consenso<sup>211</sup>. Nesse cenário, para que o melhor argumento

---

<sup>207</sup> Habermas, J. (1997), p. 145

<sup>208</sup> Canotilho, J.G. (2003), p. 1417

<sup>209</sup> Habermas, J. (2003), p. 72

<sup>210</sup> Canotilho, J.G. (2003), p. 1334

<sup>211</sup> Habermas, J. (1997), p. 92

prevaleça, é indispensável que as mais diversas razões tenham iguais oportunidades de alcançar as instâncias deliberativas e decisórias, bem como o público que as influencia, tudo através de uma argumentação racional, num fluxo de diálogo que provém das periferias em direção ao centro, designado como *sistema de comportas*.

O pressuposto básico é o de que o distintivo de um sistema de representatividade é a possibilidade do debate aberto entre as diferentes ideologias sociais, de forma que as propostas de ação veiculadas pelas forças políticas possam ser debatidas abertamente para que a sociedade defina qual é o melhor curso para a gestão do interesse geral. Tal processo, para Habermas, culminaria na transformação ou transfiguração da individualidade do cidadão em uma unidade de opinião, através de um processo verdadeiramente democrático.

Diferente de Dworkin, portanto, Habermas enfatiza o potencial de racionalidade que provém dos procedimentos democráticos, nomeadamente através do diálogo. Essa perspectiva, veja-se, parte do pressuposto de que a cidadania se nutre de uma cultura política liberal, mas carece de condições procedimentais mínimas, que não podem ser supridas pela simples vontade da maioria<sup>212</sup>.

Com isso, em defesa dos procedimentos democráticos por si propostos, Habermas rejeita a ideia de que um tribunal possa se envolver na prática política a partir de valores preferencialmente aceitos. Antes disso, os tribunais, para o autor, deveriam limitar-se ao zelo pelo processo democrático e por suas condições mínimas de procedibilidade, estando sempre aberto a todo o potencial de razão emergente do diálogo advindo da esfera pública. Preferencialmente, portanto, os debates construtivos deveriam ser realizados sem a mediação judiciária.

Especificamente no que concerne ao papel das Cortes Constitucionais na concretização de normas dessa natureza, outrossim, Habermas sustenta que a sua existência não é algo tão evidente como pretendem alguns autores, pairando inúmeras dúvidas sobre a legitimidade das suas decisões e o lugar que ocupam dentro do esquema estatal moderno de separação dos poderes. Apesar disso, não deixa de reconhecer e até mesmo enaltecer a sua influência cada vez mais

---

<sup>212</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 51

marcante e intensa nas democracias contemporâneas, sublinhando que a concorrência entre os poderes Legislativo e Judiciário se agrava especialmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade das normas, ou seja, no reexame judicial para se auferir, em tese, se a lei votada pelos representantes direitos do povo guarda ou não conformidade com o texto da Constituição<sup>213</sup>.

Para Habermas, o modelo da separação de poderes visaria justamente submeter a administração e a justiça a um poder estruturado através do diálogo nas instâncias de representação popular, e não empurrar um contra o outro, em uma disputa para saber quem pode mais. Entretanto, como o número de questões que reclamam regulamentação pelos representantes do povo é sobremodo elevada, afigura-se inviável que o parlamento as discipline, de modo satisfatório, *ex ante*, o que abre espaço à atuação do Poder Judiciário como concretizador e criador do direito.

Assim, Habermas procura agora compreender, através da sua teoria do discurso, como a interpretação construtiva do direito pelo Judiciário pode operar legitimamente no âmbito do Estado democrático de direito, sem que isso acarrete indevida ingerência dos tribunais em competências legislativas<sup>214</sup>. Na concepção do autor, o que justifica a intervenção ativa do Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis na disputa entre constitucionalismo e democracia é a necessidade de se impor limites às decisões tomadas em benefício dos grupos de interesse eventualmente com maior influência sobre os poderes de Estado, assegurando e garantindo a proteção a direitos fundamentais das minorias e tutelando o processo político como um todo<sup>215</sup>.

É sob esse viés que Habermas propõe a criação de um tribunal que assegure a todos a possibilidade de influírem na tomada de decisões políticas, a fim de que restem preservadas a autonomia pública e privada dos cidadãos. O autor, entretanto, é refratário da ideia de que os tribunais possam criar o direito. Na realidade, sua atuação, diante de textos legais com diversas possibilidades

---

<sup>213</sup> Habermas, J. (1997), p. 298

<sup>214</sup> Habermas, J. (1997), p. 297

<sup>215</sup> Oliveira, M.C. (2004), p. 279

interpretativas, deveria ser sempre com base em padrões de conduta obrigatórios e legitimamente postos pelo legislador eleito democraticamente, a fim de satisfazer os critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional das suas decisões<sup>216</sup>.

Nesse diapasão, os tribunais, ao contrário do que pretendia Dworkin, não podem ser comparados a guardiões de uma suposta ordem de valores substantivos consolidados na prática histórica de um determinado Estado, porquanto os princípios constitucionais de caráter normativo que asseguram a legitimidade do processo legislativo democrático não podem ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política. Ao revés, nos moldes estabelecidos pela teoria do discurso, o papel dos tribunais seria precisamente o de “proteger o processo de criação democrática do direito e as condições da gênese democrática das leis, o que pressupõe reservar às Cortes Constitucionais a guarda do sistema de direitos que toma a autonomia privada e a autonomia pública igualmente possíveis em sociedades pós-convencionais”<sup>217</sup>.

É nesse contexto que então emergem os traços marcantes do modelo de jurisdição constitucional proposto por Habermas, em que a Corte Constitucional atuaria como protetora das condições que possibilitem e promovam um processo legislativo democrático de formação da opinião e da vontade de forma livre e inclusiva, assegurando a criação de uma ordem jurídica legítima. A Corte agiria como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como mera guardiã de uma suposta ordem supralegal de valores éticos de uma comunidade política<sup>218</sup>.

O *constitucionalismo democrático*, assim, na forma como dispõe Habermas, suporia a atuação de um Judiciário comprometido com a democracia, garantindo as condições mínimas para o regular exercício da cidadania. Sua solução para o ativismo judicial, desse modo, resolver-se-ia não só através da fundamentação racional, mas da exposição ao debate, pois dos diálogos entabulados na esfera pública é que se extrairiam críticas com efetivo potencial racionalizador e

---

<sup>216</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 54

<sup>217</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 55

<sup>218</sup> Cittadino, G. (2004), p. 207-211

legitimador. Nessa senda, aliás, verifica-se uma verdadeira aproximação das construções teóricas de Habermas com as do constitucionalista alemão Peter Häberle, especialmente no que tange à defesa de uma Constituição aberta a uma ampla comunidade de intérpretes<sup>219</sup>.

Segundo Habermas, a correção do direito teria seu lugar na formação política da vontade, cabendo ao Judiciário o importante papel de atuar na defesa do princípio democrático e dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Além disso, o filósofo alemão não admite, no âmbito da aplicação das normas, a fundamentação moral das decisões, posto que a justificação e a elaboração de critérios de fundamentação dos julgados não estariam disponíveis ao sistema jurídico, mas restritos à seara política. Habermas não admite, portanto, a inclusão de novos princípios no processo de aplicação do direito, devendo os tribunais limitarem-se ao que designa como discurso de aplicação ou de adequação da norma – posto que, caso possam os tribunais se pautarem pela noção de concretização de valores materiais, poderão eles transformarem-se em verdadeiros órgãos autoritários e irracionais, visto que qualquer tese poderia ser utilizada como argumento na aplicação do direito<sup>220</sup>.

Quanto ao conteúdo do direito, Habermas, ao que tudo indica, adere ao modelo íntegro de Dworkin, por viabilizar o caminho a decisões corretas, “eclipsado pelo positivismo incerto”<sup>221</sup>. Todavia, o autor não abre a sua teoria ao método hermenêutico solitário, e transfere a tarefa interpretativa do *Juiz Hércules* para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, destinando ao Parlamento a incumbência de realizar o controle de constitucionalidades das normas, por ser essa “função indiscutível do legislador”<sup>222</sup>.

O arquétipo apresentado por Habermas é, no mínimo, sedutor. De fato, as soluções que resultam de um consenso não derivado de protagonistas apáticos e

---

<sup>219</sup> Häberle, P. (2002), p. 30-31

<sup>220</sup> Carniele, E.V. (2006), p. 60-61

<sup>221</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 84

<sup>222</sup> Habermas, J. (1997), p. 300-301



indiferentes, mas de participantes interessados e ativos, ostentam notório potencial estabilizador das expectativas de comportamento.

Contudo, toda a sofisticação do que propôs o autor alemão termina por revelar uma deficiência grave, já que sua teoria, a exemplo da de Dworkin, tem aplicação restrita àqueles países em que efetivamente há uma cultura política geral da comunidade nesse sentido. É dizer: somente uma cidadania ativa, interessada e dinâmica é que viabilizaria o sonho habermasiano, afinal, é no mínimo ilusório que se imaginem interações comunicativas informais construtivas em países periféricos ou semiperiféricos, em que sequer as necessidades elementares vitais são atendidas minimamente. Nesses países, não há como esperar o engajamento dos cidadãos em questões políticas fundamentais se esses sequer possuem o amparo necessário à realização de uma vida digna<sup>223</sup>.

Desse modo, como a tese de Habermas é desenvolvida em duas frentes independentes, não havendo um ambiente saudável para o desenvolvimento das situações de fala das quais são extraídas as decisões políticas, a crítica à excessiva desenvoltura judicial em temas constitucionais perde consistência e a própria razão de ser. Pior que os riscos da judicialização da política seria não haver canal algum para a solução das controvérsias dessa natureza<sup>224</sup>.

E essa, veja-se, é uma realidade crescente especialmente nos países periféricos ou semiperiféricos, mas não só neles. Outros Estados desenvolvidos ou em processo de desenvolvimento também sofrem dos mesmos problemas, de modo que, a despeito desse choque constante entre os princípios constitucional e democrático, certo é que a estrutura jurídico-normativa dos Estado como um todo tem se mostrado cada vez mais incapaz de acompanhar, de modo eficaz, o desenvolvimento complexo e dinâmico das relações sociais pós-modernas. Com isso, assiste-se a uma multiplicação dos episódios de falha de intervenção do Estado, que, ocupando-se daquilo que os grupos de interesse conseguem fazer com que assumam, mediante uma incessante troca de favores (*logrolling*), revela-se incapaz de suprir lapsos do mercado ou de promover o bem-estar social.

---

<sup>223</sup> Vianna, L.W. "et al" (1999), p. 23-24 e 31

<sup>224</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 85

A captura de renda (*rent seeking*) realizada por grupos de interesse com maior representação no cenário político, bem trabalhada pela teoria econômica da *public choice*, diga-se de passagem, acaba moldando as prioridades do Estado e levando à ordem política os reflexos do egoísmo e da escolha racional, em um jogo político de inevitáveis perdas absolutas de bem-estar causadas pela externalização dos seus resultados sobre terceiros.

Constata-se que, na realidade, inexistente, na condução do Estado, uma solução espontânea que eficientemente promova o bem-estar coletivo, seja em razão dos custos de persuasão, próprios da atuação de grupos de interesse em prol de suas reivindicações (tais como a compra de votos e a troca de favores), ou dos custos externos, atrelados inclusive à necessidade de se estabelecer coligações entre partidos com menor representação na cena política para fazer valer uma reivindicação advinda do seu exterior<sup>225</sup>.

Essa é uma das principais causas desse ceticismo com que, sabidamente, a *public choice* trata do fenômeno político como um todo. Além disso, é também um dos principais fatores dessa notória ampliação do campo de atuação da atividade judiciária, que, sob o pretexto de estabelecer uma relação de compromisso com a soberania popular, tem encampado a solução de questões extraídas do âmago da esfera política do Estado. Prova disso, aliás, é que o Judiciário, hoje, apresenta-se como uma instância de importantes debates de interesse público (e com enorme repercussão popular), dando respaldo a agremiações da sociedade civil que antes não viam as suas reivindicações devidamente apreciadas pelas instâncias de representação política nas democracias contemporâneas<sup>226</sup>.

### 3.2 O ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

Como a exposição acima feita sobre as diferentes teorias e visões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia pretende evidenciar, o problema está longe de ter uma solução consensual. A convivência entre autodeterminação moral e

---

<sup>225</sup> Araújo, F. (2005), p. 614

<sup>226</sup> Garapon, A. (1999), p. 23

autogoverno, ou, para usar aqui as expressões de Habermas, entre autonomia privada e autonomia pública, pressupõe um conflito interno permanente que parece sujeitar o constitucionalismo democrático a um incessante movimento pendular, ou a um conflito recorrente entre os dois polos de sustentação do modelo<sup>227</sup>.

Mas será mesmo intangível uma composição entre os princípios constitucional e democrático? Um estudo atento da doutrina constitucional de um dos maiores advogados da concepção substancialista de democracia, Ronald Dworkin, conforme já antes enfatizado, aponta para a viabilidade de se construir uma terceira via nesse debate, capaz de reatar os laços entre os dois princípios.

O autor, ao defender a legitimidade democrática da *judicial review* e da leitura moral da constituição com base no *argumento do princípio*, na realidade, não está a propor uma visão absoluta de constitucionalismo. Em diversas oportunidades, Dworkin enfatiza que, em uma democracia constitucional, ao menos em ocasiões especiais, sobre questões especiais de moral e política, o sistema funciona melhor, em termos práticos, quando confere aos tribunais a possibilidade de decidir sobre questões políticas.

Não se propõe, nem de longe, uma eliminação dos órgãos e processos democráticos por essência, nem mesmo a redução da sua importância institucional – embora essa seja inevitável. Sugere-se, isso sim, a convivência pacífica e porque não complementar entre o papel de protagonismo do Poder Judiciário e os órgãos e processos propriamente democráticos.

Na sociedade contemporânea, não é mais possível aceitar concepções puramente procedimentais, que requeiem aos tribunais a mera função de garantir, em termos formais, o funcionamento do regime democrático, sem proteger valores substantivos apriorísticos. De fato, como enfatiza em âmbito doutrinário Lucas Seixas Baio, “democracias deixadas por si, porque vertidas em poder canalizado nas mãos de grupos de interesse, podem vir a despir as pessoas de sua dignidade e arrancar os agentes sociais”<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Mello, C.A., (2003), p. 94

<sup>228</sup> Baio, L.S. (2012), p. 270

A bem da verdade, os eventos dos séculos XX e XXI confirmam a precisão das observações de William Blackstone, segundo quem “não há poder que possa controlar políticos inclinados à ação irracional, em democracias nas quais o governo da maioria é regra absoluta e incondicional”<sup>229</sup>. E é justamente essa ausência de um canal democrático apto a satisfazer os programas políticos discriminados na Carta Maior que faz com que os tribunais constitucionais sejam cada vez mais envolvidos em questões de ordem política.

Ora, se não fosse pela ineficiência dos demais poderes, não haveria a necessidade de que tais questões fossem levadas à apreciação jurisdicional. É sempre válido enfatizar que os tribunais não buscam conflitos à porta dos cidadãos. Por conseguinte, não mergulham na análise dos atos políticos por sua vontade ou capricho. Fazem-no por um dever funcional, porque são provocados para tanto. Os juízes, diferentemente dos administradores e parlamentares, dependem de iniciativa da parte interessada para atuar (princípio da inércia da jurisdição) e são sempre obrigados a ouvir, tomando suas decisões de forma imparcial e fundamentada. Vale dizer: a atividade controladora do Judiciário sobre os atos políticos não é livre, seja sob o aspecto substancial, seja sob o ângulo procedimental<sup>230</sup>.

Constitui dever primordial do Judiciário responder a toda e qualquer demanda que lhe é apresentada. E, ainda que se intente desviar de um pronunciamento sobre questões políticas de fundo, os juízes têm de emitir sempre uma decisão, pois a própria ordem constitucional exige do juiz um contributo para a formação do direito em determinados casos, já que somente assim haverá a defesa de bens jurídicos já assegurados pelo ordenamento, porém ainda não concretizados na prática política.

#### a) A Constituição como Limite do Governo Democrático

A proposta de limitar a jurisdição constitucional a uma função de reforço dos direitos de participação política e de policiamento de procedimentos democráticos, formulada por Ely e posteriormente reforçada por Habermas, embora com contornos

---

<sup>229</sup> Blackstone, W. (1979), p. 91

<sup>230</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 99

singulares, não esclarece, nem minimamente, quais são os direitos de que a democracia efetivamente depende para se desenvolver, tampouco define os limites de atuação dos tribunais na tutela do procedimento democrático. Além disso, pode-se dizer até mesmo que as teorias procedimentalistas contradizem-se nas suas proposições, pois, ao recusarem a legitimidade de normas jurídicas que excluem do processo democrático valores substantivos pré-definidos por uma Constituição, assumem como valor substantivo um determinado conceito de democracia e uma determinada configuração de direitos de participação política. Desse modo, a recusa a uma pré-definição constitucional de certos valores substantivos é feita intrigantemente em nome de outros valores substantivos, e não de um procedimento neutro<sup>231</sup>.

Segundo define Frank Michelman, “o constitucionalismo inevitavelmente significa o estabelecimento de alguns *a priori* fixados, de um conjunto de primeiros princípios concretamente inteligíveis, não-negociáveis e não-discutíveis”, não importando se esses princípios se referem à própria legitimidade do poder ou à legitimidade de um debate prévio a direcionar as formas de atuação dos poderes de Estado<sup>232</sup>. A opção pelo modelo constitucionalista, assim, envolve sempre e invariavelmente a limitação do governo por meio de princípios jurídicos e direitos fundamentais portadores de valores morais e políticos substantivos.

E a adoção de um regime democrático não altera o resultado determinado pela escolha simultânea do princípio constitucional, pois, conforme ressalta William Brennan Jr., confiança na democracia é uma coisa, confiança cega é outra bem diferente<sup>233</sup>. É lógico e razoável, em um constitucionalismo democrático, que a constituição limite o governo.

Ainda assim, é de se ter em mente que a ideia de autogoverno e de autonomia pública, fundamentos da democracia e da soberania popular, constituem valores elementares das sociedades que adotaram e desenvolveram o modelo das democracias constitucionais. Dessa forma, se a finalidade histórica das constituições é limitar o governo para proteger o indivíduo, é preciso estar consciente de que

---

<sup>231</sup> Mello, C.A., (2003), p. 95

<sup>232</sup> Michelman, F. (1997), p. 162

<sup>233</sup> Michelman, F. (1999), p. 61

nenhum regime político tem tanta legitimidade e protege tanto os seus cidadãos quanto o democrático, justamente por representar, de maneira única, a possibilidade de participação nessa *aventura comum* que é viver em sociedade através de regras estabelecidas em um processo aberto de deliberação.

A importância da Constituição e do Judiciário como o seu intérprete maior não pode suprimir, portanto, a política. A Constituição, embora se irradie por todo o sistema e deva estar sempre presente em alguma medida, ela não pode ser ubíqua, isto é, não pode ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.

Isso, todavia, não significa que se deva limitar o princípio constitucional em detrimento do princípio democrático. A realidade que nos é apresentada revela justamente o contrário.

Como já antes esboçado ao longo do presente estudo, é possível afirmar que o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário esconde justamente uma crise da democracia, relacionada inclusive ao *logrolling* como forma de negociação, de barganha de votos no processo legislativo, ensejando “vitórias” supostamente democráticas dos grupos de interesse mais bem engajados e com maior representação parlamentar. O *logrolling*, na realidade, permite associar a votação a uma medida de intensidade, e não de simples ordenação de preferências, permitindo que vença o embate travado no seio dos órgãos de representação democrática aquele grupo que mais intensamente se encontra empenhado numa certa situação, e não aquele que traz a melhor proposta, em termos econômicos e práticos, para o interesse público. Tal revela um cenário em que, mesmo em uma democracia representativa, a formação da vontade coletiva não se dá propriamente pela via democrática ou pela vontade da maioria, mas é desviada em face dessa troca constante de favores no *mercado político*<sup>234</sup>.

Essa mesma prática explica, ainda, a paralisia de muitos decisores políticos, que tentam imobilizar-se para não afrontar interesses de grupos que, até mesmo com baixos custos de persuasão, poderiam coligar-se contra eles, “uma vez detectado o ‘risco moral’ do ‘desalinhamento de incentivos’”<sup>235</sup>. E isso só tende a

---

<sup>234</sup> Tullock, G. (1998), p. 139

<sup>235</sup> Araújo, F. (2005), p. 616

alargar esse *mercado negro* de barganha política, estabelecido à margem das formas legítimas de decisão coletiva e do próprio princípio democrático, procurando os políticos sempre e incansavelmente, por diversas formas, garantir a sua subsistência no poder e no mecanismo de troca de favores que lhe é imensuravelmente favorável.

Por essa razão, não basta que a Constituição apenas estabeleça regras para o jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da efetiva maioria e a alternância do poder. Isso é imprescindível, porém insuficiente. A democracia não se resume ao princípio democrático, tampouco se esgota no conceito de *governo pela maioria*.

O governo pelo povo, na verdade, consiste na satisfação irreservada da vontade da maioria vitoriosa no embate eleitoral. O mito da representatividade popular, em plano cimeiro, esbarra no problema de que “maiorias são frequentemente criadas por minorias de elite”<sup>236</sup> :

“Maiorias passam a existir a partir de indivíduos, uns com interesses muito específicos, outros com ideias brilhantes. (...) Cada um destes indivíduos, por sua riqueza ou focos bem definidos, tem condições de formar opiniões, oferecendo aos legisladores assessoramento, informação e o suporte de que necessitam. Em suma, este é o paradoxo básico segundo o qual maiorias são formadas por minorias elitizadas.”<sup>237</sup>

Ilustrativamente, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”<sup>238</sup>. Daí a existência de um o segundo grande papel atribuído à Constituição e aos tribunais que a servem: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos ou maior representatividade política.

Essa advertência, contudo, antes de propor um ativismo irrestrito do Judiciário, tem senão o propósito de salientar a necessidade de se estabelecer um modelo equilibrado de democracia constitucional, com participação responsável dos

---

<sup>236</sup> Baio, L.S. (2012), p. 278

<sup>237</sup> Jaffe, L.L. (1969), p. 33-34

<sup>238</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 12

tribunais na solução de questões políticas. Gustavo Zagrebelsky, nesse ponto, assevera:

“Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do Direito desconhecida nos ordenamentos do Estado de Direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do Direito no mesmo sentido em que o eram os legisladores no século passado. São mais exatamente os garantes da complexidade estrutural do Direito no Estado constitucional, vale dizer, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. E mais, poderíamos afirmar como conclusão que entre Estado constitucional e qualquer ‘senhor do Direito’ há uma radical incompatibilidade. O Direito não é um objeto de propriedade de um, senão que deve ser objeto de cuidado de todos.”<sup>239</sup>

Uma composição ideal do modelo de democracia constitucional, capaz de realizar uma conciliação institucional interna que, embora não elimine completamente as tensões entre os dois princípios, possa permitir-lhes a coexistência pacífica, sem sobreposição de um em relação ao outro, pressupõe, no mínimo, três condições: primeiro, a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito, realizado através das instituições e dos processos democráticos de deliberação em que todos tenham igual acesso e voz; segundo, que alguns valores substantivos, institucionalizados por obra da soberania popular, fiquem fora do alcance dos órgãos e processos de decisões públicas, porque garantem bens e interesses essenciais à dignidade do ser humano, e não podem estar sujeitos às maiorias no poder; terceiro, que seja reservada ao poder judicial a prerrogativa de intervir na interpretação e na aplicação conferidas às normas constitucionais pelos outros poderes, sempre que, de acordo com o seu entendimento, eles frustrem o sentido e a finalidade da Constituição, violando bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade<sup>240</sup>.

O problema, todavia, é encontrar um cenário ideal para realização equilibrada do sistema, já predisposto nesses moldes. A realidade tem sido dura, principalmente com o Legislativo e o Executivo, que não conseguem atingir um nível ótimo de atuação em todas as tarefas a que se propõem. E isso leva a que, a exemplo do que mais notoriamente ocorre em muitas comunidades ao abandonarem regimes despóticos e arbitrários, recorra-se aos juízes e aos tribunais para auxílio:

---

<sup>239</sup> Zagrebelsky, G (1999), p. 153

<sup>240</sup> Mello, C.A., (2003), p. 97



“No curso dos últimos cinquenta anos, a mais e mais juízes foi dado o poder de rever o modo pelo qual os dois ramos elegíveis do governo [Legislativo e Executivo] exercem a autoridade coercitiva do Estado. Se políticos e seus oficiais cometeram abusos ou não, tem sido papel do Judiciário decidir.”<sup>241</sup>

Como decorrência lógica e imediata de uma concepção segundo a qual a jurisdição constitucional, se bem exercida, é antes uma garantia para a democracia do que propriamente um risco, do Poder Judiciário passam a ser exigidas respostas a respeito dos mais controvertidos assuntos, versando contrastes políticos e morais que trazem ao povo sérias dúvidas sobre como agir. Tais exigências, como aponta Lucas Seixas Baio, “não podem ser cumpridas se o papel ativista não for devidamente exercido” pelos tribunais, e “tal papel é, sem dúvida, uma das características definidoras do próprio Estado Democrático, já que nunca foi tão evidente (e necessário) que os Tribunais *testem* a legitimidade das leis passadas em nome do povo, tendo em conta princípios e regras constitucionais que norteiam a existência das instituições”<sup>242</sup>.

#### b) O Ativismo Judicial sob a Ótica da Teoria da Escolha Pública

Como já foi brevemente introduzido no início deste capítulo (3.2) e, de resto, antecipado no exame dos demais pontos explorados até aqui, o ativismo judicial decorre mais de uma ineficiência do Estado do que de um interesse escuso do Judiciário em avocar para si tarefas inicialmente confiadas ao Legislativo e ao Executivo. E o aumento acentuado dos episódios de falha na condução da máquina governativa leva a uma ponderação dos motivos de uma tão frequente inépcia do Estado, manifestada até mesmo em áreas a que estaria indiscutivelmente vocacionado a atuar<sup>243</sup>.

Indagado sobre o fim último do Estado na sociedade, um jurista pode responder que ele vela pelo interesse geral, levando a entender, com isso, que os

---

<sup>241</sup> Beatty, D.M. (2004), p. 2

<sup>242</sup> Baio, L.S. (2012), p. 271

<sup>243</sup> Araújo, F. (2005), p. 613

mercados não são ou nunca foram aptos para tanto, ou, ao menos, que não são capazes de fornecer as mesmas garantias aos cidadãos. A ação do Estado visaria, pois, tanto a tomar iniciativas que o setor privado não seria capaz de garantir, como a corrigir o resultado do jogo de forças privadas. O Estado seria o guardião imparcial desse *interesse geral*, tendo como finalidade suprir ou corrigir desvios<sup>244</sup>.

Essa visão angelical, entretanto, não pode servir para explicar o que, na realidade, o Estado faz. É necessário, pois, que se recorra a outros ramos do conhecimento, sobretudo a fim de apurar o comportamento dos atores na cena política, sopesados os seus fins econômicos mediatos e imediatos.

Uma primeira pista para explicar o papel do Estado é a de Albert Hirschman, que distingue a defecção (*exit*) e a manifestação popular como meios de aprimoramento dos serviços prestados. Isso porque, no mercado, um cliente insatisfeito com o seu fornecedor simplesmente o abandona em proveito da concorrência, ao seu bel prazer, sem sequer precisar externar uma justificativa. O cidadão insatisfeito com a defesa dos seus interesses pelo Estado, todavia, não tem essa mesma opção, ao menos não com tamanha facilidade<sup>245</sup>.

O cidadão irresignado com a atuação do Estado ou com a abstenção desse em prover direitos de índole fundamental, é claro, pode emigrar para outro Estado soberano, mas essa opção é, para não dizer inviável, bastante improvável, nomeadamente em razão dos altos custos que lhe são inerentes. A saída, portanto, é fazer-se ouvir e tornar pública sua insatisfação. A palavra (*voice*) é a medida possível quando a defecção é muito custosa.

É aí que a teoria econômica ganha destaque, sobretudo através dos ensinamentos da Escola da *Public Choice* (escolha pública) acerca da influência que exercem no jogo político os grupos de interesse, sistematicamente organizados em ordem a ver satisfeitas as suas reivindicações pelo Estado, em detrimento de outros grupos ou setores sociais. A teoria econômica, pode-se dizer, busca formular um modelo detalhado de funcionamento da ordem política nas democracias

---

<sup>244</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 154-153

<sup>245</sup> Hirschman, A. (1970)

representativas, sem deixar escapar a importância da função jurisdicional nesse contexto.

A procura de vantagens por meio da política é um verdadeiro jogo de coerção, o que coloca em xeque a nobre função do Estado de promover o interesse geral. Na realidade, segundo aponta a teoria da *public choice* e a leitura pessimista que essa promove acerca dos processos democráticos, o Estado, e notadamente os poderes Legislativo e Executivo, ocupa-se, especialmente, “de tudo aquilo que os grupos de interesse conseguem fazer com que assumam; nada parecendo limitar a expansão dessa agenda”<sup>246</sup>.

Nesse sentido, eis o que anota em sede doutrinária Martin Shapiro:

“(...) o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a emancipação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.”<sup>247</sup>

Para o autor, pois, os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar os seus programas e os grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças em outros grupos, dentro e fora governo. E, nesse processo de formação, troca e empréstimo de *força política*, as decisões que mais comumente emanam das instituições políticas do Estado não dizem respeito ao efetivo interesse da maioria, ou seja, não representam decisões propriamente majoritárias.

Segundo bem elucida Fernando Araújo em criteriosa análise do tema, aliás, “é em James Buchanan e Gordon Tullock que encontramos as raízes da moderna teoria da ‘escolha pública’ – porventura um capítulo de uma mais vasta teoria da ‘escolha social’, e um sub-capítulo da ‘Economia de Bem-Estar’ –, que poderíamos sintetizar como uma desvalorização desencantada, ou mesmo cínica, dos arrebatamentos ideológicos relativos à existência, ou mesmo à necessidade, de uma ‘vontade geral’ funcionalizada à proeminência de um ‘bem comum’, tendendo antes

---

<sup>246</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 178-179

<sup>247</sup> Shapiro, M. (1966), p. 24

a encarar o fenómeno político como uma confluência de interesses particulares irreconciliáveis, que o Estado se limita a gerir *marginalmente* através do estabelecimento de escalas de preferências neutras a quaisquer valorações prévias – salvo porventura no que respeita a um primeiro pacto ‘constituente’ que precisamente estabeleceria o princípio do respeito pelas esferas divergentes do pluralismo social, um pacto fundador que idealmente concitaria a unanimidade quanto à aceitação da legitimidade procedimental de todas as decisões subsequentes e conformes com essa intenção ‘fundadora’<sup>248</sup>.

E prossegue o autor: “Em vez de encarar as constituições como acordos históricos já consumados em torno de valores, princípios e direitos fundamentais, [a *public choice*] privilegia aspectos de eficiência das opções abertas na configuração concreta de uma Constituição, que é reduzida a um mecanismo de satisfação de preferências dos cidadãos (...).”<sup>249</sup>. Esse entendimento, na realidade, coaduna-se justamente com a aceção de que a base ideológica da teoria da escolha pública é, por essência, defensora de um Estado mínimo na sua intervenção, que relega às forças de mercado a condução da sociedade.

A *public choice* partilha, juntamente com a economia neoclássica, a premissa de que os fenómenos coletivos se explicam como composições de ações de atores individuais, presumivelmente racionais e atentos aos seus próprios interesses. A asserção pode ser justificada pela consideração de que seria ilógico ver pessoas que na esfera privada escolhem suas ações em benefício próprio e, na esfera pública, agem em prol de uma coletividade irrestrita<sup>250</sup>.

Em todas as suas esferas de ação, na verdade, os sujeitos particulares comportam-se e articulam-se da mesma forma como fazem no mercado. Isso significa dizer que, em todas as manifestações políticas, os indivíduos pretendem, em última análise, a obtenção de vantagens em seu próprio benefício.

Os cidadãos racionais, para além disso, nas democracias representativas, logo aprendem que a perseguição dos seus interesses na esfera política é

---

<sup>248</sup> Araújo, F. (2005), p. 613

<sup>249</sup> Araújo, F. (2005), p. 613

<sup>250</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 162

sobremodo facilitada pela via do agrupamento daqueles que compartilham dos mesmos desejos e anseios do que pela vontade ou ação individual. Nesse contexto, entra em cena a participação sobremodo ativa de grupos de interesse, que acabam desvirtuando a atuação principalmente dos poderes Legislativo e Executivo, direcionando-os para a consecução de fins específicos, com a realocação de recursos para áreas que, embora não atendam ao interesse geral, promovam o bem-estar daquele grupo específico, tudo em prol do interesse da classe política em angariar o maior número de votos para as próximas eleições.

É tentador pensar que os políticos entram para a política por idealismo e se esforçam para agir com base no interesse geral, mas isso não é o que efetivamente ocorre. Pela própria lógica darwiniana, a estrutura posta em uma democracia representativa faz com que o político idealista desapareça em favor daquele que consegue ser reeleito, e todos os esforços passam a ser então direcionados nesse sentido.

O papel do político é o de árbitro na atribuição de programas procurados por diferentes grupos de clientes (eleitores), mas esse balanceamento das prioridades do governo é feita com base em uma meta inegável: a próxima eleição<sup>251</sup>. Com isso, atua ele entre o visível e o invisível, procurando esconder custos dos programas prometidos e enaltecer as suas vantagens – sempre concentrando as vantagens e dispersando os custos para não chamar a atenção.

Quando esse papel de árbitro na implementação de programas sociais é capturado pelos grupos de interesse, contudo, o resultado prático que daí decorre é que as ações efetivamente adotadas pelo Estado acabam se distanciando daquelas que os políticos haviam prometido inicialmente aos seus eleitores, enveredando-se por caminhos mais estreitos, que levam ao proveito econômico de apenas parcela da população. Ficam para trás, pois, programas sociais muitas vezes inscritos ou extraídos do próprio texto constitucional, como marca do Estado de bem-estar social. E as *minorias permanentes* são as que mais sofrem.

O objetivo dos grupos de interesse é inegável: obter vantagens para seus membros por intermédio da política, vantagens essas que seriam inacessíveis ou

---

<sup>251</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 164

consideravelmente custosas de se obter pela via do mercado. O perigo dessa captura de renda (*rent seeking*), todavia, é que a concorrência política supere a concorrência econômica, e os poderes de Estado se transformem em um verdadeiro espaço de troca de favores, destoando precisamente do desafio lançado por Rousseau às sociedades políticas já há mais de dois séculos, segundo o qual o caminho para a constituição de um Estado ideal está em encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão ou mais livre do que antes<sup>252</sup>.

O *rent seeking* envolve justamente todo o esforço feito em prol de um desvio dos recursos disponíveis do Estado, de um para outro programa, em benefício de alguns poucos que conseguem, através do *lobbying*, da corrupção e de outros instrumentos, influir no jogo político para obtenção de vantagens fora do mercado ou para criação de um mercado paralelo. O problema é tanto mais intenso e mais grave quanto maior for a descentralização e a desconcentração políticas, situações que multiplicam oportunidades de captura do Estado por grupos de interesse que acabam por subverter de forma permanente os critérios distributivos dos bens públicos em detrimento da população em geral.

A atuação dos grupos de interesse, na verdade, faz com que raramente a atuação política se dê com base em ponderações objetivas e igualitárias dos interesses de todas as partes envolvidas em uma determinada decisão política fundamental. Antes disso, o que se observa é um decisionismo voltado ao favorecimento de interesses particulares mais caros ao agente público eleito, isto é, a atuação se dará sempre em favor de grupos que mais facilmente o ajudarão a se reeleger nas próximas eleições.

E esses grupos de interesse “captam renda” em detrimento do interesse geral sempre que seja possível ao poder político agir de forma discricionária na concessão de benesses ou na implementação de políticas públicas, fazendo verdadeiros investimentos no *mercado político* para obter condições mais favoráveis. Trata-se, conforme esclarece Fernando Araújo, de uma forma de “votar com dinheiro”<sup>253</sup>, o

---

<sup>252</sup> Rousseau, J.J. (1999), p. 20-21

<sup>253</sup> Araújo, F. (2005), p. 625

que, de pronto, denota a perversidade do crescimento desse mercado paralelo em relação aos menos abastados.

A participação de grupos de interesse e a sua influência nas formas de atuação do Estado, com isso, revelam uma tragédia anunciada: “as somas destinadas à busca por rendas constituem perda pura”<sup>254</sup>. Vale dizer, os ganhos de curto prazo de alguns poucos agentes acabam por instaurar uma lógica paralisadora para todos no longo prazo, inspirando desconfiança em relação ao discurso do interesse geral.

Nas duas pontas do processo eleitoral, portanto, observam-se distorções que repercutem uma representação política débil. Do lado dos eleitores sem capacidade de influir no processo político, a apatia, a indiferença, a desinformação, a distância dos candidatos e o ceticismo quanto ao potencial de seu voto deixam esses um tanto perdidos quanto às ações a serem prioritariamente empreendidas, ou, conforme o caso, mais confortáveis para defender interesses de grupos econômicos que os apoiaram como candidatos<sup>255</sup>. O voto, muitas vezes, representa um investimento para tais grupos econômicos, em um processo de verdadeira degradação do *voto de opinião* pela fomentação do *voto de permuta*, reduzindo a representação popular a um jogo de aparências<sup>256</sup>.

Do lado dos eleitos, outrossim, também são vários os sintomas dessa crise de representação política, a começar pela facilidade com que compromissos de campanha são abdicados em nome de interesses corporativos ou mesmo particulares, gerando a impressão de uma total irresponsabilidade dos sujeitos eleitos pelo povo na condução da máquina estatal, o que só se agrava na medida em que as sociedades se tornam mais complexas. Em linhas gerais, o legislador não consegue escapar das pressões exercidas por grupos privados, que veemente buscam satisfazer vontades não tão populares assim. O interesse comum, no final, é a grande vítima<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Mackaay, E. & S. Rousseau (2015), p. 178

<sup>255</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 106

<sup>256</sup> Bobbio, N. (1997b), p. 33

<sup>257</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 106

Essas considerações parecem conduzir para um aparente beco sem saída. A leitura da ordem política feita pela *public choice* é pessimista a tal ponto, sobretudo ante as inúmeras formas com que o aparato político do Estado pode ser direcionado ou redirecionado em proveito de interesses particulares.

Porém, é precisamente aí que ganha espaço a atuação do Poder Judiciário como válvula de escape daqueles que, por não conseguirem o engajamento necessário à participação nas esferas políticas de governo, acabam vendo suas reivindicações passarem ao largo dos programas estatais. O Legislativo, sozinho, não tem condições de canalizar os interesses da coletividade de forma a satisfazê-los na sua integralidade, o que leva a uma notória deformação do *circuito comunicativo-democrático primário*, tão defendido por Habermas em sua teoria do agir comunicativo. E é isso que leva a crer que o argumento democrático, na realidade, por mais potente que seja, não pode autorizar versão de si próprio que negue a importância vital da função jurisdicional nas frentes de defesa do cidadão, na proteção das minorias e, na posição de liderança, na solução de problemas sociais através do instrumento judicial<sup>258</sup>.

De fato, é a concretização judicial dos direitos sociais que parece conduzir às clivagens teóricas e práticas mais agudas entre o domínio da democracia deliberativa e a jurisdição constitucional. Como visto anteriormente, muito embora os direitos fundamentais possuam uma dimensão contrademocrática, no sentido de expressarem a blindagem de determinados valores substantivos em face das instâncias políticas, eles também possuem uma dimensão democrática de proteção que é pressuposto jurídico e material para a legitimidade política e moral dos canais de representação popular.

Essa interligação entre proteção judicial dos direitos e garantia da democracia é ainda mais nítida em relação aos direitos políticos, imediatamente ligados à participação dos cidadãos nos órgãos e nos processos democráticos. Ela também é sensível nos direitos liberais diretamente atrelados à vida pública do cidadão.

Todavia, sem a garantia de determinadas condições materiais mínimas associadas aos direitos sociais, como o acesso à educação, a proteção ao trabalho

---

<sup>258</sup> Baio, L.S. (2012), p. 261



e à saúde e a assistência social, a democracia estaria fundada em uma base desigual, discriminatória e, para além de meramente frágil, ilegítima. E quando os órgãos políticos falham na proteção desses direitos, cabe ao Judiciário reparar essa deficiência do sistema político na garantia das condições de legitimidade do processo democrático<sup>259</sup>.

Nessa contingência, houve escolas do pensamento político, sobretudo atreladas às concepções de Mancur Olson, que concluíram justamente essa posição da teoria da escolha pública como justificativa para um incremento do ativismo judicial, na medida em que, se somente os grupos de interesse mais bem organizados possuem maior representação no processo legislativo, então talvez as questões relacionadas à concretização de direitos sociais teriam uma melhor resposta se solucionadas pelos tribunais<sup>260</sup>.

A partir de uma perspectiva econômica – é dizer, de uma perspectiva também atrelada à *public choice* –, todavia, é lógico compreender o ativismo judicial como parte de um grande mercado, em que produtos como mudanças legislativas e reivindicações sociais são compradas e vendidas em larga escala. Esse mercado possui inúmeros “compradores” potenciais, na forma de grupos de interesse. Virtualmente, cada grupo possui alguma pretensão jurídica a buscar, alguma alteração legal que pretenda ver implementada, e nem mesmo a esfera judicial estaria imune à participação de grupos de interesse e da própria lógica da ação coletiva.

O pioneiro estudo de Robert Dahl<sup>261</sup>, na verdade, já apresentava essa conclusão, em 1957, ao indicar que o Poder Judiciário e, em especial, o seu órgão máximo de deliberação (a Suprema Corte), via de regra, pertence também à aliança nacional dominante. Como consequência, dificilmente atuaria em sentido contrário àquele defendido pelos poderes políticos com maior representatividade e força, a não ser durante breves e excepcionais períodos de desequilíbrio.

---

<sup>259</sup> Mello, C.A., (2003), p. 227

<sup>260</sup> Merrill, T.W. (1997), p. 221

<sup>261</sup> Dahl, R. (1957), p. 291

Com isso, contra a posição assumida por correntes ligadas aos ensinamentos de Olson surgem outras tantas desafiando as suas conclusões, dentre elas a exposta por Einer Elhauge. Segundo o autor do artigo *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, os grupos que tenham maior ou menor influência nos processos legislativo e administrativo também o terão no processo judicial<sup>262</sup>. E, sopesados os custos para se alcançar uma mudança legislativa ou a implementação de um programa social, é possível crer que o Judiciário seria uma presa ainda mais fácil de capturar.

A simples transferência da tarefa de decidir sobre questões políticas do Legislativo ou do Executivo para Judiciário não tem, portanto, o condão de afastar os grupos de interesse, que mudam seu foco e passam a circular pelos corredores dos tribunais, valendo-se do Judiciário e das suas fragilidades para, muitas vezes, alterar os rumos de políticas governamentais, direcionando-as em seu favor. É aí que esse *decisionismo* do Judiciário como forma de criação do direito é ainda mais latente e perigoso, pois, ainda que a decisão jurisdicional encontre justificativa na própria necessidade de se concretizar normas e princípios positivados no texto constitucional e codificados pelo legislador ordinário, ela frequentemente implica a anulação de decisões políticas tomadas por representantes eleitos pelo próprio povo, o que pode levar à percepção de que o excesso de direito e de justiça pode pesar sobre a democracia (ou o que se espera dela), induzindo à ideia de que os juízes se arrogam no papel de guardiões da moral pública e passam a representar a consciência moral da vida social, política e econômica<sup>263</sup>.

Nesse cenário, para amenizar os ricos desse *decisionismo* do Judiciário, determinar o conteúdo das normas demanda mais do que a adoção de métodos interpretativos voltados à extração de um sentido eventualmente presente no texto, mas impõe aos aplicadores a obrigação de construir um processo passível de ser racionalmente reconhecido pela comunidade jurídica<sup>264</sup>. Mesmo assim, ainda remanesce a desconfiança na efetiva capacidade dos magistrados para tomar

---

<sup>262</sup> Elhauge, E. (1991)

<sup>263</sup> Garapon, A. (1999), p. 55

<sup>264</sup> Vieira, O.V. (2005), p. 218

decisões dessa natureza, para considerar aspectos macroeconômicos e alinhá-los com a verdadeira capacidade arrecadatória do Estado.

Com esse movimento de colaboração que muitas vezes nem é consciente, portanto, far-se-ia do juiz um protagonista de uma revolução democrática da justiça, em que pode lhe escapar, nesse papel ético e criativo, o controle desse engajamento, sendo isso mais uma ferramenta na caixa dos programas políticos e econômicos do neoliberalismo predatório, do publicismo totalizante<sup>265</sup>. O encontro entre grupos de interesse com significativo poder de persuasão e magistrados dispostos a atuar conforme a sua própria consciência e autonomia intelectual é sobremodo perigoso ao sistema jurídico como um todo, tornando o direito um mero instrumento a ser acionado para fins políticos, fundamentados de acordo com o bem-estar econômico.

Não é propriamente correto dizer, portanto, que a existência de falhas no processo político – como a captura efetuada por grupos de interesse – daria maior credibilidade e legitimidade à atuação dos tribunais no Estado democrático de direito, pois, na verdade, o fato de o Judiciário ter assumido boa parte da esfera política do Estado, com a resolução de questões dessa índole, apenas substitui a captura do Legislativo pela captura do Poder Judiciário<sup>266</sup>. A assertiva, todavia, como venho afirmando ao longo do presente estudo, não é falsa na sua integralidade.

Há, sem dúvidas, grupos de interesse e até mesmo indivíduos singulares que têm condições suficientes para postular uma pretensão de direitos na esfera judicial, porém não teriam representatividade o bastante, tampouco recursos, para engendrar uma campanha por mudanças através do Poder Legislativo. Nessa categoria, pode-se incluir diversos grupos de defesa de orientações ideológicas, como religiosos, civis, ambientalistas e defensores dos direitos da propriedade, da redução das desigualdades e da proteção a um mínimo existencial.

Toda essa parcela da população representa um grande número de cidadãos com participações per capita significativamente pequenas, que, portanto, não possuem condições ou estrutura para se engajar no jogo de barganha promovido

---

<sup>265</sup> Fuga, B.A. (2016), p. 61

<sup>266</sup> Merrill, T.W. (1997), p. 221

pelos representantes eleitos pelo povo. Por várias razões, no entanto, vêm conseguindo desenvolver ocasionalmente uma organização sistematizada para instituir litígios judiciais e buscar mudanças significativas em seu favor.

No Judiciário, pelo menos, esses grupos ou indivíduos serão ouvidos e terão, mesmo que minimamente, uma chance de que sua “proposta” prevaleça no processo subjetivo, enquanto que, no Legislativo, sequer conseguiriam ter voz. O ativismo judicial, sob esse viés, reflete uma concepção que dramaticamente expande o universo de grupos sociais que podem dar um passo efetivo na busca pela implementação de políticas públicas pelo Estado, suprimindo falhas de atuação dos demais poderes na consecução de direitos adquiridos com afinco e consagrados na Constituição<sup>267</sup>.

E isso só é possível porque existe um feixe de questões levadas à apreciação dos tribunais em que as capacidades organizacionais das partes em conflito não possuem o condão de influenciar no resultado a ser adotado. Quando isso ocorre, a disputa é resolvida com base no próprio mérito do argumento deduzido, e não com supedâneo em qualquer outro elemento externo, tampouco com base no nível de representatividade política de qualquer das partes.

Há, isso é inegável, uma faceta política de acesso à justiça, inspirada sobretudo na possibilidade de participação dos cidadãos no processo de construção da própria cidadania, em que a sociedade e o Judiciário passam a dividir o espaço antes dos demais poderes de Estado na implementação e na administração de políticas públicas. Trata-se, a toda evidência, de um novo papel político exercido pelo Poder Judiciário, que o aproxima do processo histórico de formação social.

Isso faz com que, no mundo contemporâneo, ao menos até certo ponto, eleve-se a renovada ascensão da função jurisdicional como um braço do Estado para a agenda democrática, em uma notória readequação do papel da jurisdição. O Judiciário é chamado a exercer, desse modo, uma *função socioterapêutica* na proteção de direitos fundamentais e na correção de desvios encontrados na consecução das finalidades públicas, campo em que não se é possível propriamente

---

<sup>267</sup> Merrill, T.W. (1997), p. 221

separar o mundo jurídico da realidade social em que esse nasce e se aplica<sup>268</sup>. Consoante esclarece Plauto Azevedo, “esta inquestionável finalidade a ser perseguida na interpretação e aplicação do direito precisa cumprir-se, atualizando-se a ordem jurídica de modo a afeiçoá-la às necessidades da maioria do povo, contribuindo à sua satisfação de forma mais igualitária, de modo a aproximar os diferentes extratos sociais”<sup>269</sup>.

### c) A Jurisdição Constitucional e a Democracia Deliberativa

Sem dúvidas, a maior barreira oposta ao ativismo judicial exercido em torno das questões políticas do Estado ainda é o repetido argumento de que os tribunais, compostos por profissionais não eleitos e, portanto, desprovidos de apoio popular, não são órgãos democráticos, não estando legitimados, por isso, a intervir sobre a atuação dos demais poderes. Teme-se, é verdade, a outorga de tamanho poder aos tribunais.

A vida política e social de uma comunidade expressa uma verdadeira aventura comum (*common venture*), na qual se reconduzem em maior ou menor medida todas as existências individuais. Como as pessoas não são totalmente livres nem iguais, mas merecem igual consideração e respeito, a vida político-jurídica da sociedade deve estar organizada para ser o resultado da expressão dos interesses de todos os seus membros.

E é justamente a prática democrática que materializa a ideia de que a experiência comunitária é uma aventura comum, um projeto de via política e social no qual a existência individual se consorcia à existência da comunidade<sup>270</sup>. A democracia é valiosa por pelo menos duas razões especialmente importantes, e que não podem ser desconsideradas: primeiro, porque a legitimidade moral de um regime democrático não encontra rival em outros regimes políticos, na medida em

---

<sup>268</sup> Fuga, B.A. (2016), p. 64

<sup>269</sup> Azevedo, P.F. (2014), p. 146

<sup>270</sup> Mello, C.A., (2003), p. 214-215

que tende a promover, através de um método dialógico e argumentativo, uma substancial aceitação e participação dos cidadãos na vida política da comunidade; segundo, porque assegura procedimentos em que a participação das diferentes visões de mundo enriquece e aprofunda o debate, permitindo a adoção de soluções um tanto mais complexas e plurais.

A despeito disso, é de se observar que o reconhecimento da legitimidade ética, política e jurídica e do valor epistêmico da democracia deliberativa não conduzem e nem podem conduzir a uma disponibilização completa e ilimitada da concretização constitucional para órgãos de representação democrática. Como se procurou até aqui demonstrar, uma das características mais marcantes do Estado democrático de direito consiste justamente nessa migração de conteúdos morais da esfera do político para a esfera do jurídico, movimento esse que implica e exige a afirmação do Poder Judiciário como mecanismo de garantia institucional dos conteúdos constitucionalizados<sup>271</sup>.

Esse, aliás, é um dos problemas centrais da teoria procedimental da Constituição proposta por Habermas. Conforme aponta Lênio Streck, a teoria constitucional habermasiana volta-se, ao fim e ao cabo – e, em certo aspecto, contraditoriamente –, para uma revalorização da política no âmbito das democracias representativas, ignorando a “especificidade do jurídico presente nas Constituições”<sup>272</sup>.

Robert Alexy, todavia, mostra que “as constituições modernas compreendem duas classes ou categorias de normas. A primeira classe contém normas que constituem e organizam a legislação, a jurisdição (*adjudication*) e a administração”. Essas normas disciplinam e promovem a democracia como regime político. “A segunda classe contém normas que limitam e dirigem o poder público”, tais como as normas que conferem direitos fundamentais. Além disso, as constituições modernas tendem a deferir ao Judiciário, ou a algum de seus órgãos, a função de guarda da Constituição<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Mello, C.A., (2003), p. 221

<sup>272</sup> Streck, L.L. (2002), p. 143

<sup>273</sup> Alexy, R. (2003), p. 131

Desse modo, segundo esclarece Robert Alexy, se a Constituição garante ao indivíduo direitos frente ao legislador, através de um tribunal constitucional, “então a intervenção do Judiciário no âmbito da legislação para a garantia desses direitos não é uma assunção anticonstitucional das competências legislativas, mas algo que não só está permitido como também ordenado pela Constituição”<sup>274</sup>. Por conseguinte, nas democracias constitucionais, além do domínio óbvio dos órgãos de direção política, há um inegável domínio da jurisdição constitucional, que converte os órgãos jurisdicionais em representantes do poder constituinte.

A garantia dos direitos fundamentais, tanto os liberais como os sociais, pressupõe um Poder Judiciário ativo e capaz de exercer uma vigilância jurídica sobre o processo político de concretização da Constituição. Trata-se essa de condição indispensável a que se maximize a eficácia da Constituição, prevenindo-se externalidades negativas e insistindo-se para que, dentro dos poderes eleitos pelo povo, haja uma atuação voltada à adoção de políticas públicas de maior alcance social, minimizando os custos direcionados estritamente a determinados setores que se encontram em situação privilegiada. Embora quanto mais amplamente a Suprema Corte interprete as disposições constitucionais que limitam os poderes Legislativo e Executivo, mais a nação se mova em direção a um modelo de governo limitado, esse é um modelo que, ao menos em tese, procura evitar ou diminuir a exploração dos politicamente impotentes<sup>275</sup>.

Sob essa perspectiva, os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, na medida em que permitem o acesso ao *judicial process* e, assim, dão proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*:

“São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir (...). Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos* os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“*adversary*”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte

---

<sup>274</sup> Alexy, R. (2003), p. 131-132

<sup>275</sup> Posner, R.A. (2014), p. 894

do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.”<sup>276</sup>

É verdade que esse argumento, na forma como acima exposto, não parece levar em conta que também o acesso ao processo judicial está condicionado à superação de inúmeros obstáculos e dificuldades de toda natureza, de modo a tornar, frequentemente, pouco iguais as chances das partes. A tese de Martin Shapiro, no entanto, revela certamente um núcleo de verdade, e a história da sociedade e das instituições, efetivamente, está aí para demonstrar como não raramente certos grupos sociais encontram precisamente no Poder Judiciário o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente marginalizados da vida de um determinado país<sup>277</sup>.

Democracia e direitos do homem, ao menos de forma empírica, são institutos estreitamente conexos. Assim, se se deseja a preservação da democracia, os tribunais devem assumir a sua parte na tarefa. Disso extrai-se que não é possível, portanto, nem uma confiança cega na democracia deliberativa, nem uma desconfiança total em relação à política. Uma Constituição democrática impõe limites e direciona o processo político, e o controle do respeito desses vetores é a tarefa indelegável da jurisdição<sup>278</sup>.

Essa, pois, é a consequência decisiva da assunção de um regime constitucionalista de exercício da soberania popular, de um regime jurídico-político que retira da esfera de disponibilidade das instâncias de representação popular e do campo de atuação dos grupos de interesse mais engajados no processo legislativo alguns conteúdos considerados essenciais para assegurar e preservar a existência digna das pessoas e a justiça política da comunidade. Os bens e valores que preenchem o conteúdo dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais orientam, predeterminam e limitam o espaço da decisão da democracia deliberativa, relegando ao Judiciário uma tarefa ímpar na consecução dos fins do Estado de bem-estar coletivo.

---

<sup>276</sup> Shapiro, M. (1966), p. 28-29

<sup>277</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 100

<sup>278</sup> Mello, C.A., (2003), p. 224



Uma jurisdição constitucional ativa no controle do processo político e na implementação de programas públicos não deve, portanto, ser vista como uma restrição ilegítima da soberania popular. O ativismo judicial, indubitavelmente, importa uma limitação da democracia. Entretanto, parece evidente, por conta do até aqui exposto, que uma democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária, já que também significa participação, tolerância e liberdade. Assim, um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia, através de uma atuação ativa, dinâmica e criativa que aproxime os diferentes extratos sociais.

A democracia constitucional, caracterizada pela convergência entre o elemento democrático, o elemento moral substantivo e o elemento judicial, constitui elemento capaz de converter a jurisdição em uma das fontes de expressão da própria soberania. É dizer: a jurisdição constitucional representa a soberania popular consolidada no sistema constitucional, e leva à conclusão justamente de que a teoria econômica da *public choice*, apesar das ressalvas feitas, confere uma justificativa ao menos limitada ao ativismo judicial<sup>279</sup>.

A participação ativa do judiciário em um governo democrático, como expressão da vontade geral, não significa que ele substitua o legislador. Na verdade, essa participação ocorre porque o juiz é também ele um representante da soberania popular, afinal, nem mesmo no melhor dos mundos possíveis, “a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada diretamente responsável perante o povo, nunca constituiu, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa”<sup>280</sup>.

Para além disso, em uma concepção mais audaciosa, pode-se afirmar que “a jurisdição constitucional não representa o mesmo povo que os representantes eleitos”, pois, enquanto esses representam o “povo atual”, o Conselho Constitucional representaria o “povo perpétuo”, único e soberano<sup>281</sup>. É, sem dúvidas, uma visão também angelical do Poder Judiciário, mas que não deixa de guardar o seu fundo de verdade.

---

<sup>279</sup> Mello, C.A., (2003), p. 225

<sup>280</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 94

<sup>281</sup> Blachère, P. (2001), p. 174

Uma concepção compreensiva de democracia permite com que se reconheçam *virtudes democráticas* no Poder Judiciário, as quais podem ser resumidas em ao menos três aspectos primordiais. Primeiro, o papel de destaque vai para a tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, que garante e reforça a legitimidade do regime democrático, mesmo que se cogite da captura do processo judicial por grupos de interesse. Trata-se do sentido da *constitutional conception of democracy* defendida por Ronald Dworkin, para quem democracia “significa governo sujeito a condições de igual *status* para todos os cidadãos”<sup>282</sup>.

Enquanto os órgãos políticos respeitam as decisões democráticas, as suas intervenções no domínio econômico e social devem ser aceitas por todos. Todavia, quando eles não as respeitam, então é em nome da própria democracia que se deve recorrer ao Poder Judiciário, a um grupo de técnicos não eleito pelo povo, mas que, respaldado em uma Lei Maior – a Constituição –, fornece uma garantia racional das condições democráticas. Desse modo, a tutela judicial dos direitos constitucionais, na medida em que garante condições democráticas básicas, assegura, em última análise, a legitimidade da própria democracia.

Em segundo lugar, a jurisdição constitucional também se concilia com o debate público contínuo suposto de um regime democrático, posto que o direito não é algo completamente feito em algum ponto e depois simplesmente aplicado por agentes públicos, por cidadãos e por juízes no caso concreto. Mais do que isso, o direito está constantemente sendo feito, adaptado e desenvolvido na prática legal, e mais notoriamente por juízes<sup>283</sup>.

Rememorando o que restou assentado no item 2.2, “a”, acima, os poderes de Estado não podem ser rigidamente compartimentados. Não foi essa a solução pensada por Montesquieu e que norteou o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, que pressupõe um colóquio contínuo das instituições políticas com o Poder Judiciário e com a sociedade em geral.

Conforme esclarece Mark Van Hoecke, a legitimidade democrática do papel ativo dos juízes encontra também fundamento na comunicação deliberativa, através

---

<sup>282</sup> Dworkin, R. (1996), p. 17

<sup>283</sup> Van Hoecke, M. (2001), p. 420

da construção de círculos comunicativos (*communicative circles*) que permitem o controle social, a crítica e o debate das questões políticas. Essa função de *public forum* confere à jurisdição constitucional e ao ativismo judicial de modo geral a legitimidade democrática que uma concepção mais convencional e estrita de democracia tende a rejeitar.

Por fim, porém não menos importante, o terceiro aspecto a ser aqui trabalhado ressalta precisamente a virtude democrática intrínseca ao processo judicial, resultante da sua abertura a qualquer pessoa e a estreita proximidade entre os juízes dos processos subjetivos e as partes<sup>284</sup>. O ativismo judicial hoje em voga oferece, como grande vantagem, a possibilidade de que as minorias (partidárias, raciais, religiosas e culturais) sem acesso formal ou real ao centro do poder deliberativo possam, ao vislumbrarem a afronta a normas constitucionais, influir no processo político, retirando-se, mesmo que por via oblíqua, da posição marginal a que rotineiramente são relegadas<sup>285</sup>.

Conquanto possa parecer contraditório a uma primeira vista, a proteção das minorias legitima-se precisamente pelo respeito à regra da maioria, mas a maioria *fundante*, isto é, o conjunto de forças políticas que definem o Poder constituinte originário. E a sobrevivência das minorias é condição de sobrevivência da própria democracia. Aqui, mais do que democraticamente legítima, portanto, a atuação ativa dos tribunais na concretização de programas sociais em prol dessa minoria menos favorecida configura pressuposto essencial para a existência e para a manutenção do sistema democrático, atuando de forma imparcial para a concreção dos fins do Estado<sup>286</sup>.

Além disso, como as decisões judiciais são obrigatoriamente motivadas, a argumentação jurídica racional permite que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo, transformando o Judiciário em um fórum democrático, na medida em que processos judiciais são necessariamente argumentativos, impondo que se faça uso apropriado da razão pública para justificar as decisões que adota, ao contrário de decisões políticas tomadas, por exemplo, nas esferas parlamentares

---

<sup>284</sup> Mello, C.A., (2003), p. 225. Também a propósito, ver Cappelletti, M. (1993), p. 90-107.

<sup>285</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 110

<sup>286</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 110

e administrativas, em que a fundamentação racional não constitui elemento característico.

Ao contrário de parlamentares e administradores, os tribunais são institucionalmente obrigados a prestar explicações no bojo de suas próprias decisões, expondo-se, com isso, não só aos litigantes daquele determinado caso concreto sob análise, mas à imprensa e ao público em geral, tornando os juízes ainda mais responsáveis perante a comunidade do que os próprios representantes eleitos. Conforme esclarece Mauro Cappelletti, “mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um ‘grau de exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público”<sup>287</sup>.

Um contra-argumento que ainda se poderia considerar é o de que, mesmo que se assuma uma postura plenamente favorável à judiciabilidade dos direitos sociais e das prestações estatais a eles inerentes e, por consequência, a uma retração do recurso à doutrina da auto-restrição judicial no âmbito desses mesmos direitos, deve-se admitir que a sua garantia depende da administração de esquemas de distribuição de receitas e de programas governamentais que devem lidar com a escassez de recursos e com a definição de prioridades, e esses fatores todos recomendam a alocação preferencial da satisfação dos direitos sociais à esfera propriamente política do Estado. Por consequência, mesmo uma jurisdição constitucional ativista não poderia tomar o lugar dos órgãos de direção política na administração dos recursos e das necessidades ligadas ao bem-estar social da comunidade, inclusive em razão dos limites da capacidade institucional do Judiciário para resolver questões de alta complexidade técnica e prever os seus efeitos sistêmicos<sup>288</sup>.

Contra essas considerações, todavia, é também possível considerar que, conforme preceitua Dworkin, a vivência dos conflitos confere aos tribunais o que o autor chama de *coerência especulativa*, que evidenciaria a sua capacidade para

---

<sup>287</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 98-99

<sup>288</sup> Mello, C.A., (2003), p. 218

tomada de decisões em conformidade com a capacidade econômico-financeira do Estado, decisões dotadas de razoabilidade e, na maior medida possível, capazes de serem concretizadas pelo administrador público dos recursos governamentais. Com efeito, a grande conquista da interação jurídica atual é a identificação de uma unidade extra-normativa formadora do direito, sendo que a interpretação daí resultante e a aplicação da lei constituem uma mesma e única atividade, o que legitimaria a atuação do Judiciário também nesses casos<sup>289</sup>.

Ademais, como afirmou já há alguns anos Roscoe Pound, o Poder Judiciário e a criação do direito realizada pelos juízes, inclusive nesses casos, exibiria real vantagem, especialmente na competição com o direito legislativo. Isso porque, “por operar casos concretos, generalizando apenas depois de longo período de tentativas experimentais, de provas e contraprovas, (*“trial and error”*), no esforço de chegar à elaboração do princípio praticável”, o direito judiciário estaria ainda em vantagem sobre o legislativo, que, “quando não se limita a colocar em forma de lei vinculante o que já foi adquirido pela experiência jurisdicional”, incorre “em todas as dificuldades e perigos próprios da profecia”<sup>290</sup>.

Com isso, apesar de a questão da legitimidade democrática dos tribunais ser bastante poliédrica, é possível reconhecer que, conquanto as deformações do sistema democrático no móbil político não convertam, isoladamente, os tribunais em sítios democráticos de solução de conflitos políticos, essas mostram, isso sim, a fragilidade da premissa de um significativo contraste de legitimidade democrática entre o Judiciário e os demais poderes. E, conquanto não se defenda aqui uma onipotência do Judiciário, muito menos a anulação dos outros poderes do Estado, certo é que, por diversos enfoques, não há como se virar às costas à viabilidade democrática (e até a imprescindibilidade) da abordagem judicial de temas políticos no atual Estado democrático de direito<sup>291</sup>.

Pode-se dizer, pois, que, embora os juízes e tribunais possam, ao menos teoricamente, estarem isolados da realidade e da vida social, na medida em que não

---

<sup>289</sup> Baio, L.S. (2012), p. 282

<sup>290</sup> Pound, R. (1938), p. 51

<sup>291</sup> Souza Jr., A.U. (2004), p. 116

estão sujeitos ao elemento popular de escolha (o voto), a sua própria função os constrange a, dia após dia, inclinar-se sobre essa realidade, ao passo que chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais e problemas concretos, nomeadamente no que concerne a direitos e garantias fundamentais resultantes de uma construção histórica que permeia a própria ideia de cidadania. Pelo menos nesse sentido, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, fazendo com que o princípio constitucionalista atue lado a lado com o democrático na exata medida em que se sensibiliza com as necessidades da população e com as aspirações sociais<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> Cappelletti, M. (1993), p. 105

## 4 CONCLUSÃO

Em conferência internacional realizada na Universidade do Porto, em Portugal, o cientista político Viacheslav Morozov destacou que “democracia não é apenas questão de teoria, é também um problema prático, que demanda soluções práticas para problemas reais e regionalizados<sup>293</sup>. É indispensável, assim, também por conta de tudo o que se viu até aqui, uma abordagem prática acerca da dinâmica da decisão judicial, inclusive sob a ótica da teoria da escolha pública.

Ora, a judicialização da política e o ativismo judicial são traços marcantes nas democracias contemporâneas, em que, cumpre rememorar, é cada vez mais frequente e marcante a presença dos tribunais na tomada de decisões de cunho eminentemente político, nomeadamente sob o pretexto de estabelecer uma relação de compromisso com a soberania popular e de resguardar a própria legitimidade do processo democrático. Embora próximos e invariavelmente interligados, todavia, os fenômenos não se confundem.

A judicialização da política decorre precipuamente do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente que adotaram a maioria das constituições modernas, a permitir que discussões de largo alcance político e moral sejam suscitadas sob a forma de ações judiciais. É dizer: a judicialização não decorre da vontade dos juízes ou tribunais, mas da própria estrutura adotada pelo Estado democrático de direito<sup>294</sup>.

Conforme afirma Paulo Bonavides, no atual cenário de desenvolvimento do constitucionalismo, “as constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os

---

<sup>293</sup> Morozov, V. (2011)

<sup>294</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 17

encargos indispensáveis à manutenção da paz social”<sup>295</sup>. E isso faz com que, inevitavelmente, o Judiciário acabe alçando voos maiores, sob o aval do próprio poder constituinte originário.

Por sua vez, o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, uma forma proativa e expansiva de extrair normas não expressamente inscritas no corpo da Constituição, potencializando o seu sentido e alcance para ir além do legislador ordinário. Trata-se, pois, de mecanismo destinado a contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou estiver corrompido por influências desviantes dos grupos de interesse.

O principal problema que se põe, todavia, é se podem os juízes efetivamente exercer esse controle e dirigir a concretização da Constituição sem que haja afronta ao princípio democrático, em razão de os membros do Judiciário não serem agentes públicos eleitos. De fato, não se pode perder de vista que esse processo de concretização da Constituição pelos tribunais guarda um certo e inevitável grau de discricionariedade (criatividade) que pode, arriscadamente, esconder um subjetivismo na interpretação do direito. Além disso, também não se pode deixar de considerar que a captura dos juízes por grupos de interesse é também uma realidade, ainda que em menor proporção, o que reflete uma crise de legitimidade na produção normativa e na aplicação daquilo que seria efetivamente o justo.

Ainda que as pretensões reivindicatórias então judicializadas possam encontrar justificativa na necessidade de se concretizar princípios e valores positivados no texto da Lei Maior, elas frequentemente implicam – e não se poderia esperar coisa diversa – a anulação de decisões políticas tomadas pelos representantes eleitos pelo povo. Com isso, abre-se espaço para uma percepção segundo a qual os excessos do *direito judiciário* podem pesar sobre a democracia, invalidando o seu postulado básico, que é a regra da maioria.

Os riscos para a legitimidade democrática, entretanto, atenuam-se na medida em que os juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis, atuando não por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que, diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou

---

<sup>295</sup> Bonavides, P. (2000), p. 74



fluidas, o poder criativo do intérprete judicial se expande quase que automaticamente a um nível de contornos normativos. Porém, deve-se observar que, havendo manifestação prévia do legislador a respeito, isto é, existindo lei válida (constitucional e legal) a confortar a solução para um determinado caso concreto, deve o juiz acatá-la e aplicá-la, dando sempre preferência ao direito legislado<sup>296</sup>.

O juiz deve ter a consciência de que a sua atuação e o direito encontram-se em um “círculo de conduta impregnado de valor”, e que suas decisões devem concretizar a ordem de valores constitucionais, e não meros valores subjetivos e arbitrários, definidos ao seu gosto. Assim, a atividade do juiz deve sempre se pautar pela concretização da Constituição no âmbito do caso concreto<sup>297</sup>.

Deve-se, em favor de um *substancialismo temperado* e livre de ingenuidades, assumir que, na atividade judicante, parte-se do pressuposto de que o magistrado está vinculado (*bounded*) ao ordenamento jurídico, expresso fundamentalmente em princípios e regras constitucionalmente consagradas e em textos infraconstitucionais regulamentadores. Desse modo, muito embora um sistema de mera subsunção mecânica de normas não resista à análise incisiva engendrada pela moderna teoria da interpretação, qualquer conceituação que busque legitimar a prática ativista do Poder Judiciário, no âmbito interno da estrutura do Estado democrático de direito, deve, necessariamente, buscar delimitar os parâmetros de mensuração do grau de aderência das decisões judiciais à ordem pré-estabelecida pelo poder constituinte originário<sup>298</sup>.

Além disso, no que tange à capacidade institucional do Judiciário e aos seus limites, também deve haver um certo grau de deferência desse para com as instâncias especializadas, uma posição de cautela em face dos claros limites da sua capacidade institucional para decidir certas questões políticas e para prever os efeitos sistêmicos daí decorrentes, sobretudo porque o juiz, por vocação e treinamento, está normalmente preparado apenas para realizar a justiça no caso

---

<sup>296</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 17-18

<sup>297</sup> Saavedra, G.A. (2012), p. 234

<sup>298</sup> Baio, L.S. (2012), p. 281-282

concreto, a *microjustiça*<sup>299</sup>. Deferência, entretanto, não significa abdicação de competência, tampouco respeito cego a postulados advindos dos poderes Legislativo e Executivo. Naturalmente, sempre que houver a vulneração de uma norma constitucional nesse processo, o quadro se modifica, sobretudo a fim de se estabelecer, através da garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, uma coexistência saudável entre constitucionalismo e democracia, e o Judiciário possui habilitação para tanto.

Conforme se viu ao longo do presente estudo, a democracia constitucional pressupõe, para o seu regular desenvolvimento, a coexistência dúctil de ao menos dois elementos. O primeiro deles é o elemento democrático, através do qual a Constituição deve garantir que a concretização dos princípios e valores nela inscritos seja realizada por órgãos e processos de deliberação democrática, através de um debate amplo e irrestrito em que todos os cidadãos possam expressar, com a mesma voz, os seus interesses e, mais do que isso, tenham suas reivindicações, ao menos, consideradas. O segundo, o elemento judicial, busca outorgar ao Judiciário a função de guardião do equilíbrio entre o elemento democrático e a efetiva garantia da soberania popular, o que lhe permite participar e até mesmo intervir na interpretação e na aplicação das normas constitucionais emanadas por órgãos de direção política da sociedade, sempre que, de acordo com a interpretação do próprio Poder Judiciário, esses frustrem o sentido e a finalidade da Constituição ou afastem-se do interesse público geral que deve nortear a sua conduta<sup>300</sup>.

Em uma democracia constitucional, o próprio poder constituinte permite aos juízes e tribunais que se concentrem em tarefas de fiscalização e concretização política da Constituição pelos poderes Legislativo e Executivo, em ordem a assegurar o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Daí a conclusão de que, em uma democracia constitucional, a soberania popular expressa-se não apenas por meio dos órgãos de origem eletiva, mas também por meio do Poder Judiciário.

O Judiciário, portanto, ao atuar como guardião da Constituição e em nome dos princípios e valores fundamentais do Estado, é também instituição portadora de

---

<sup>299</sup> Barcellos, A.P. (2006), p. 34

<sup>300</sup> Mello, C.A., (2003), p. 247

virtudes democráticas que legitimam essa concretização de direitos constitucionalmente previstos, respaldando uma atuação ativa dos juízes no exercício do controle judicial e político do Estado. É que, como se procurou demonstrar ao longo deste estudo, o acesso à jurisdição constitucional é frequentemente muito mais aberto à cidadania, individualmente ou através de instituições representativas, do que o acesso aos órgãos políticos.

Aliás, a presença de grupos de interesse e toda a conjuntura teórica que a *public choice* fornece acerca da sua atuação na direção do jogo político, através de um intenso processo de barganha voltado à realização de interesses particulares (em detrimento do interesse geral), bem denota esse aspecto. E, embora a teoria econômica não justifique propriamente essa ampla atuação ativa dos tribunais, não há como negar que ela fornece um suporte, ainda que limitado, a essa atuação ativa dos tribunais no intuito de canalizar os interesses da coletividade de forma a satisfazê-los na sua integralidade.

Eventual atuação contramajoritária, nesse cenário, dar-se-á a favor, e não contra a democracia. A produção judiciária do direito, nesses casos, não é em absoluto antidemocrática por si mesma. Isso não quer dizer, insisto em repetir, que, nas demais situações, não deva haver uma prudência do Judiciário e um acatamento às escolhas legítimas feitas pelos representantes eleitos pelo povo e à sua discricionariedade técnica, contribuindo, assim, para a integridade, a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência do sistema como um todo.

Também nesse sentido, conquanto não se desconheça que o simples deslocamento da definição das questões políticas do Legislativo e do Executivo para o Judiciário não iniba propriamente a atuação de grupos de interesse na concretização de políticas públicas, seu peso e sua verdadeira capacidade de influência em determinadas questões, especialmente as relativas à promoção dos direitos sociais reivindicados frente ao Estado, são significativamente menores. O fato de se ter, de um lado, um determinado grupo de interesse (tenha ele representatividade política ou não), e, de outro, um Estado omissivo, aliado à obrigatoriedade de se proferirem decisões judiciais fundamentadas e racionalmente rastreáveis e compreensíveis, evita, ao menos sob esse viés, que se estabeleçam jogos de barganha e captura.

Por conta disso, pode-se concluir que, até então, o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema, já que instrumento poderoso no controle e na direção da efetivação das normas constitucionais. Condena-se, é claro, os excessos, pois a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige os processos democráticos como um todo, representada por esse *logrolling* que ganha a cena na tomada de decisões por parlamentares e administradores. Desse modo, sempre que estiver em jogo a tutela do sistema de direitos fundamentais como um todo (direitos liberais e sociais), a conclusão de que o Estado pode e deve exercer um ativismo judicial é válida, desde que o faça de forma moderada e equilibrada, em respeito aos postulados máximos da ordem constitucional e a fim de garantir-lhes eficácia, sem que isso enseje afronta ao princípio democrático.

Ao oferecer essas observações, veja-se, não se está de forma alguma endossando o ativismo judicial irrestrito e irresponsável. A questão envolvendo os grupos de interesse e toda a conjuntura teórica que a *public choice* fornece acerca da sua atuação frente ao Estado, bem assim os aspectos relacionados à concretização dos direitos fundamentais pela via judicial, são apenas algumas importantes variáveis que devem ser consideradas na avaliação do fenômeno. Outras grandes e complicadas questões envolvendo competência judicial e legitimidade constitucional e democrática para atuação mais ativa do Judiciário, entretanto, ainda permanecem e, ao que tudo indica, permanecerão sempre latentes e devem ser avaliadas com o mesmo peso.

Afinal, Estado constitucional democrático, como o próprio nome sugere, significa justamente que existem duas ideias que se acoplaram no decorrer da história, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; o Estado de direito como expressão da razão. Por sua vez, democracia significa e supõe soberania popular, governo do povo e para o povo; o poder fundado na vontade da maioria. Entre um e outro, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir (e surgem) situações de tensão e de conflitos aparentes, porém isso não significa que

o princípio democrático invalide por completo a judicialização da política ou o reflexo ativismo judicial que daí poderá advir, ou vice-versa<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> Barroso, L.R. (2014), p. 11

## REFERÊNCIAS

- Alexander, Larry (org.) (1998), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press
- Alexy, Robert (2003), *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, Oxford, Ratio Juris, 16/2, 131-140
- Araújo, Fernando (2005), *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina
- Azevedo, Plauto Faraco (2014), *Aplicação do Direito e contexto social*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed. rev. e atual.
- Baio, Lucas Seixas (2012), *Ativismo e legitimidade: província democrática para a criação judicial do direito*, Porto Alegre, Revista da Ajuris / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 39/127, 257-290
- Barcellos, Ana Paula de (2006), *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, Revista de Direito do Estado, 3/17
- Barroso, Luiz Roberto (2014), *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática* (paper)
- Bayón, Juan Carlos (2003), *Derechos, Democracia y Constitución*, in Carbonel, M. (2003)
- Beatty, Davis M. (2004), *The ultimate rule of law*, New York, Oxford University Press
- Berman, Marshall (1986), *Tudo que é sólido desmancha no ar – a aventura da modernidade*, Trad. Carlos F. Moisés e Ana Maria L. Ioriatti, São Paulo, Editora Schwarcz
- Berman, José Guilherme (2009), *Ativismo Judicial, Judicialização da Política e Democracia*, Porto Alegre, Revista da Ajuris / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 26/75, 209-226
- Binenbojm, Gustavo (2001), *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro, Renovar
- Blachèr, Philippe (2001), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, Presses Universitaire de France

Blackstone, William (1979), *Commentaries on the laws of England*, Chicago, University of Chicago Press

Bobbio, Norberto (1969), *The Promotion of Action in the Modern State*, in Huges, G. (1969)

Bobbio, Norberto (1997), *Locke e o direito natural*, Trad. Sérgio Bath, Brasília, UNB

Bobbio, Norberto (1997b), *O futuro da democracia*, Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 6ª ed.

Bohman, James & William Pehg (1997), *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press

Bonavides, Paulo (2000), *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 9ª ed. atual. e ampl.

Bonavides, Paulo (2003), *Teoria do Estado*, São Paulo, Malheiros, 4ª ed. rev. e atual.

Bonavides, Paulo (2004), *Teoria do Estado*, São Paulo, Malheiros, 5ª ed. rev. e atual.

Burdeau, Georges (1957), *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale, 7ª ed.

Caliendo, Paulo (2009), *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*, Rio de Janeiro, Elsevier

Canotilho, José Joaquim G. (1999), *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1ª ed.

Canotilho, José Joaquim G. (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7ª ed.

Cappelletti, Mauro (1993), *Juizes legisladores?*, Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Editora Fabris

Carbonel, Miguel (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta

Carniele, Eduardo V. (2006), *Judicialização da Política: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a participação da comunidade de intérpretes da Constituição nos processos de fiscalização abstrata de normas* (paper)

Calsamiglia, Albert (1985), *¿Por que es importante Dworkin?*, Doxa, nº 2

Castoriadis, Cornelius (1993), *Socialismo ou Barbárie*, São Paulo, Brasiliense

Castro, Marcus F. de (1997), *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*, Revista de Ciências Sociais, 34/12

Castro, Thamís Dalsenter V. de (2016), *O papel criativo do juiz na legalidade civil-constitucional* (paper)

Cittadino, Gisele (2004), *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 3ª ed.

Continentino, Marcelo C. (2006), *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira* (paper)

Cunha Jr., Dirley da (2015), *Curso de Direito Constitucional*, Bahia, Jus Podivm

Dahl, Robert (1957), *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker*, Journal of public law, vol. 6

Diniz, Maria Helena (2012), *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva

Dworkin, Ronald (1996), *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press

Dworkin, Ronald (2002), *Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes

Dworkin, Ronald (2003), *O Império do Direito*, Trad. Jefferson L. Camargo, São Paulo, Martins Fontes

Dworkin, Ronald (2005), *Uma Questão de Princípio*, Trad. Luís C. Borges, São Paulo, Martins Fontes

Elhauge, Einer (1991), *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, New Haven, Yale Law Journal, 31

Ely, John H. (1979), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press

Ely, John H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press



Ely, John H. (1997), *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Trad. M. Holguin, Santafe de Bogotá, Santafe de Bogotá

Ely, John H. (2002), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 14ª ed.

Favoreu, Louis (1997), *Legalité et constitutionnalité* (paper)

Ferrajoli, Luigi (2001), *Diritti fondamentali*, Roma, Laterza

Ferraz Jr., Tércio Sampaio (1995), *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*, Revista trimestral de direito público, vol. 9

Ferreira Filho, Manoel G. (2009), *O papel político do judiciário e suas implicações*, Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, 1/2

Ferreira, Luiz Pinto (1999), *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva

Friedman, Milton (1975), *Capitalism and Freedom*, Chicago, The University of Chicago Press, 4ª ed.

Fuga, Bruno Augusto Sampaio (2016), *O ordenamento jurídico, o poder e a economia: instrumentalidade a priori e racionalidade a posteriori*, São Paulo, Boreal Editora, 1ª ed.

Garapon, Antonie (1999), *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, Rio de Janeiro, Revan

Gottschefsky, Hella Isis (org.) (2012), *Democracia e Constituição: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*, Porto Alegre, Dom Quixote

Häberle, Peter (2002), *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor

Habermas, Jürgen (1997), *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. 1

Habermas, Jürgen (1997b), *Más allá del estado nacional*, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta

Habermas, Jürgen (2003), *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, in Merle, J. & L. Moreira (orgs.) (2003)

Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (1973), *O Federalista*, Org. Wefoort, Francisco C., São Paulo, Abril Cultural, Os pensadores, v. 29

Hart, Herbert L. A. (1996), *O conceito de direito*, Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2ª ed.

Hirschl, Ran (2004), *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press

Hirschl, Ran (2006), *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, Fordham Law Review, vol. 75

Hirschman, Albert (1970), *Exit, voice and loyalty – Responses to decline in firms, organizations, and states*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press

Holmes, Oliver Wendell (1920), *The Theory of Legal Interpretation*, Collected Legal Papers, New York, Harcourt, Brace & Howe

Huges, G. (org.) (1969), *Essays in Legal Philosophy*, New York, New York University Press

Jaffe, Louis L. (1969), *English and american judges as law makers*, Oxford, Clarendon Press

Kelsen, Hans (1990), *Teoria geral do direito e do estado*, Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes

Kelsen, Hans (1993), *A Democracia*, São Paulo, Martins Fontes

Kelsen, Hans (2011), *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*, Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, Revista dos Tribunais, 7ª ed.

Locke, John (2002), *Segundo tratado sobre o governo*, São Paulo, Martin Claret

Loewenstein, Kal (1976), *Teoria de la Constitución*, Trad. Alfredo Galiego Anabitarte, Barcelona, Editorial Ariel

Lopes, Bráulio L. (2013), *A Atuação do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas: Análise de sua Legitimidade* (paper)

Lord Reid (1972-1973), *The Judge as Law Maker*, 12 J. Soc'y Public Teachres of Law, 22

Machado, Edinilson Donisete (2012), *Ativismo Judicial – limites institucionais, democráticos e constitucionais*, São Paulo, Letras Jurídicas

Mackaay, Ejan & Stéphane Rousseau (2015), *Análise Econômica do Direito*, Trad. Rachel Sztajn, São Paulo, Atlas, 2ª ed.

Martins, Ives Gandra da Silva (2012), *Ativismo judicial – A nova postura da Suprema Corte*, Carta Mensal, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 688, 71-81

Mello, Cláudio Ari (2003), *Constitucionalismo e democracia: um estudo sobre os limites da jurisdição constitucional* (paper)

Mendes, Gilmar Ferreira & Paulo Gustavo G. Branco (2014), *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 9ª ed. rev. e atual.

Merle, Jean-christophe & Luiz Moreira (orgs.) (2003), *Direito e Legitimidade*, São Paulo, Landy

Merrill, Thomas W. (1997), *Does public choice theory justify judicial activism after all?*, Harvard Journal of Law and Public Policy, 21, 219-230

Michelman, Frank (1997), *How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy*, in Bohman, J. e W. Pehg (1997), 145-171

Michelman, Frank (1999), *Brennan and Democracy*, New Jersey, Princeton University Press

Miranda, Jorge (2003), *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense

Miranda, Jorge (2009), *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de (1996), *O espírito das leis*, Trad. Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2ª ed.

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de (1998), *O espírito das leis*, Trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo, Saraiva, 5ª ed.

Morozov, Viacheslav (2011), *World crisis: revolution or evolution in the international community paper: "Russia's take on democracy: a counter hegemonic practice in a postcolonial situation"*, Third Global International Studies Conference, Porto, Portugal, FEUP

Novelino, Marcelo (2012), *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Método

Oliveira, Marcelo C. (2004), *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, Belo Horizonte, Mandamentos

Passari, Alessandro (2010), *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Coase* (paper)

Perelman, Chain (1998), *Lógica jurídica: nova retórica*, Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo, Martins Fontes

Perlingieri, Pietro (2008), *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar

Posner, Richard A. (2003), *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 6ª ed.

Pound, Roscoe (1938), *The formative era of America Law*, Boston, Little Brown

Radcliffe, Cyril (1968), *The Lawyer and his Times*, in *Not in Feather Beds: some collected papers*, Londres, Hamish Hamilton

Rousseau, Jean-Jacques (1999), *O Contrato Social*, São Paulo, Martins Fontes

Saavedra, Giovani Agostini (2012), *Jurisdição Constitucional e Democracia: Sobre o Controle de Constitucionalidade e a função política do Supremo Tribunal Federal na obra do Ministro José Néri da Silveira*, in Gottschefsky, H.I. (org.) (2012), 229-238

Santos, Boaventura de Sousa (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto, Afrontamento

Santos, Boaventura de Sousa (1998), *Reinventar a democracia*, Lisboa, Gradiva

Sarmiento, Daniel (2012), *As lacunas constitucionais e sua integração* (paper)

Scaff, Fernando F. (1990), *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*, São Paulo, Saraiva

Shapiro, Martin (1996), *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N.J. Prentice Hall

Silva, José Afonso da (1992), *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 9ª ed. rev. e atual.

Souza Jr., Antonio Umberto de (2004), *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*, Porto Alegre, Síntese

Streck, Lênio Luiz (2002), *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado

Streck, Lênio Luiz & José L. Bolzan de Moraes (2006), *Ciência Política e Teoria do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 5ª ed. rev. e atual.

Tavares, André Ramos (2012), *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva

Tocqueville, Alexis de (1998), *Democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*, Trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes

Tucker, Robert C. (1978), *The Marx-Engels Reader – Speech at the Anniversary of the People's Paper*, New York, Norton, 2ª ed.

Tullock, Gordon (1998), *On Voting: a public choice approach*, Cheltenham and Northampton, Elgar

Tushnet, Mark (2005), *Democracy versus Judicial Review: is it time to Amend the Constitution?*, Dissent, 52/2, 59-63

Valdés, Roberto B. (1998), *El valor de la Constitución*, Madrid

Van Hoecke, Mark (2001), *Judicial Review and Deliberative Democracy: a circular model of law creation and legitimation*, Ratio Juris, vol. 14, 415-423

Veloso, Juliano Ribeiro S. (2010), *O Ativismo Judicial e um Novo Marco Jurídico-gerencial Democrático*, Brasília, Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central / Banco Central do Brasil, 4/2, BCB, 41-56

Vianna, Luiz Werneck “et al” (1999), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Renavan

Vieira, Oscar V. (1999), *A Constituição e sua Reserva de Justiça (um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma)*, São Paulo, Malheiros

Vieira, Oscar V. (2005), *A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein*, São Paulo, Malheiros

Waldron, Jeremy (1998), *Precommitment and Disagreement*, in Alexander, L. (org.) (1998)

Ward, Kenneth (2003), *The politics of disagreement: recent work in constitutional theory*, The Reviews of Politics, nº 65, Fall

Whittington, Keith E. (2001), *Constitutional interpretation: textual meaning, original intent and judicial review*, Kansas, University Press of Kansas

Zaffaroni, Eugenio (1995), *Poder judiciário – crises, acertos e desacertos*, Trad. Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais

Zagrebelsky, Gustavo (1999), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 3ª ed.